per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

41

PAOLO GROSSI

IL DOMINIO E LE COSE

PERCEZIONI MEDIEVALI E MODERNE DEI DIRITTI REALI

giuffrè editore milano

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CENTRO DI STUDI

PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME QUARANTUNESIMO

PAOLO GROSSI

IL DOMINIO E LE COSE

PERCEZIONI MEDIEVALI E MODERNE DEI DIRITTI REALI

MVLTA PAVCIS AG

Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-03102-9

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright 1992 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonchè la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

dedicato a Marianne,
che fu attenta a leggere le cose

«Ben nato mi sento
di gente di terra»

Giuseppe Ungaretti, *Trasfigurazione*

NOTE INTRODUTTIVE
(Quasi un rendiconto)

§ 1. Le ragioni di una raccolta. — § 2. Il contenuto della raccolta. — § 3. Le ragioni di una intitolazione. — § 4. I tratti sostanziali della raccolta. — § 5. Parole conclusive fra episodio e storia.

§ 1. Un malvezzo indubbio del nostro tempo è quello della frenesia, ohimè quanto frequente, con cui autori anche giovani, anche giovanissimi, raccolgono i proprii saggi dispersi in un volume unitario senza che vi sia una giustificazione oggettiva a sorreggere questa *collectio in unum*: a dispetto della veste unificante, troppo spesso i varii contributi continuano a ostentare d'essere membra sparse, e il volume appare come una discutibile finzione.

Se qualcuno pensasse allarmato che il nostro libro intenda tener dietro e indulgere a un siffatto malvezzo, mi sentirei tuttavia in grado di rassicurarlo: la ampia raccolta, che qui si presenta ai lettori, ha una sua sostanziale unità ed in questa mi pare che si legittimi pienamente. Direi di più: è lo specchio fedele di un complesso itinerario di ricerca, che, malgrado certe inevitabili divagazioni a esso contemporanee, ha costituito il filo conduttore essenziale nella mia attività di studioso, quello non affidato alle occasioni ma a un progetto che l'autore ha avuto ed ha ben chiaro e forte nella sua testa; un itinerario ormai assai lungo, giacché lo vedo principiare più di trenta anni fa. Ritracciarlo qui per il lettore varrà a fondamento delle ragioni oggettive di questa raccolta, svelandone l'indiscutibile tessuto unitario.

Trenta anni fa! Fu allora che, studiando l'incidenza della sva-

lutazione monetaria sulle *praestationes annuae* (1), mi imbattei in quel singolare istituto del diritto comune che è la *locatio ad longum tempus*, una sorta di ponte gettato da una dottrina consapevole fra il territorio del «personale» e quello del «reale». L'incontro fu, allora, casuale, ma pensatissimo fu, al contrario, il programma di ricerca scientifica che ne scaturì. Mi accorsi che tutto quanto si era scritto sull'aggrovigliata materia dell'assetto medievale dei diritti reali aveva appena sfiorato il suo effettivo nucleo problematico, il suo «segreto», e che soltanto il dipanamento delle invenzioni tecniche poteva rivelarlo appieno. Mi accorsi cioè che il tema era stato affrontato superficialmente, dall'esterno, come in una distaccata oleografia, lasciando insondati i meccanismi interni all'approccio giuridico, i soli che potevano permettere la perfetta comprensione degli istituti e coglierne anche la loro compiuta espressività, espressività di tutto quanto sta dietro e oltre il diritto. Da qui, il progetto di indagare diversamente — e anche più a fondo di quanto non si fosse prima fatto — il campo dei diritti reali e della pietra angolare fra essi, il *dominium*, forte di una precisa consapevolezza metodologica: occorreva guardare con occhi rinnovati, soprattutto con occhi più complessi, giuridicamente più robusti — da un lato — per poter valutare in tutte le sue fibre nascoste lo sforzo costruttivo dei giuristi — fossero essi pratici o scienziati, notai, giudici, consiliarii, dottori —, costantemente attenti — dall'altro — a non isolare le tecniche ma a immetterle al centro di una raggiera di forze economiche, sociali, culturali. Era la sola strada per conseguire una storicizzazione compiuta dell'assetto medievale dei diritti reali; ed era una strada da tentare ad ogni costo, giacché in quell'assetto, più che altrove, si sarebbe sorpreso il volto autentico d'una società, agraria nelle sue ossature più salde, nei suoi stimoli più profondi, e pertanto proiettata tutta verso il «reale» e su questo costruita.

Alla «*Locatio ad longum tempus*» — che uscì in edizione provvisoria nel 1962 e in veste definitiva nel '63 (2) — seguirono, nel

---

(1) Nelle *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, in cui il capitolo terzo della seconda parte è dedicato al problema del pagamento pecuniario nelle *praestationes annuae*.

(2) *Locatio ad longum tempus-Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963.

1965, l'accoglimento dell'invito di Francesco Calasso per una lezione spoletina sui contratti agrari altomedievali (3), e, nel 1967, la prolusione fiorentina su *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale dei diritti reali*, un saggio che costituì per me una sorta di manifesto programmatico e di proposta operativa e che mi spiace abbia circolato poco, perché — destinato ai mai realizzati studi in memoria di Calasso — rimase stampato unicamente nelle pagine di una Rivista italiana allora abbastanza appartata (4); infatti, anche se abbisogna di essere integrato e precisato dalle puntualizzazioni dogmatiche elaborate in questi ultimi anni soprattutto in '*Dominia*' e '*servitutes*', è un saggio che mantiene ai miei occhi una piena validità.

Andavo intanto dedicando al tema i miei «corsi» maceratesi di storia del diritto e i primi «corsi» fiorentini di diritto comune, e la ricerca solitaria dello studioso si arricchiva di quel tesoro di intuizioni che nascono soltanto sul terreno fertile delle lezioni e dei seminarii. Il riferimento alla lezione potrà sembrare a un non-docente carico di sapore basso-retorico, ma il docente sa bene che la lezione — come strumento dialogico fra *sapiens* e *ignorans* —, tutta tesa a scarnificare e a chiarificare, è assai spesso un contributo per il *sapiens* non meno che per l'*ignorans*. Da questa attività didattica emergeva, dapprima in veste assai dimessa (per esclusivo uso degli studenti) un «corso» maceratese, indi, nel 1968, il «corso» a stampa su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* (5).

Si compendiavano in esso i risultati di circa otto anni di ricerche. Portando infatti avanti il tentativo affrontato con la «Locatio ad longum tempus» e a cui si è or ora accennato, si cercava di battere quella che mi sembrava e tuttora mi sembra l'unica strada metodologicamente corretta per lo storico del diritto: seguire rigorosamente il dispiegarsi d'una lettura tecnica del mondo sociale inserendola

---

(3) *Problematica strutturale dei contratti agrari nell'esperienza giuridica dell'alto medioevo italiano*, in *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo - XIII - Agricoltura e mondo rurale in Occidente nell'alto medioevo*, Spoleto 22-28 aprile 1965, Spoleto, Panetto e Petrelli, 1966 (il testo della relazione fu pubblicato anche in *Rivista di diritto civile*, XII (1966), n. 3, prima parte).

(4) In *Jus*, XVIII (1967), fasc. III-IV.

(5) Padova, Cedam, 1968.

all'interno della visione del mondo propria a una certa società e a una certa cultura, una storia cioè di articolazioni tecniche all'interno di quello che, poi, sarebbe corso con straordinaria fortuna sulla bocca di molti come storia di mentalità. Si sarebbero così potute salvaguardare appieno la specificità e l'autonomia dell'approccio giuridico e, in particolare, del discorso dei giuristi — specificità e autonomia che sono, si badi, realtà ontiche e non fittizie o tanto meno forzose —, ma lo si sarebbe colto — quell'approccio, quel discorso — per ciò che è: frutto di un concreto terreno storico con radici concrete negli strati più fondi di quel terreno. E mi parve, in questa visione complessa, di poter attingere alla comprensione del sistema medievale dei diritti reali costruito partendo dal basso, dalle cose e dalle loro assorbenti ragioni; alla comprensione di quell'estendersi e intensificarsi della «realizzazione» di situazioni, che è il contrassegno tipico dell'esperienza dell'età di mezzo. Pensavo allora e confermo oggi che soltanto una consapevolezza della mentalità circolante può render ragione di quella scelta suprema che è un assetto fondiario. Problemi demografici ed esigenze di produzione sono indubbiamente forze che premono sulle nuove architetture giuridiche, e nessuno potrebbe sensatamente smentirlo; ma ciò non basterebbe a comprendere la complessa realtà storico-giuridica: nella crisi dello Stato imperiale romano, nella depressione economica, nella stagnazione culturale si è andata creando dal secolo quinto in avanti una mentalità radicata in valori nuovi e diversi, una mentalità che, trovando fertilissimo clima di allignamento nel vuoto politico e culturale che persiste, tende a consolidarsi, ad approfondire le sue radici fino a diventare parte del costume, fino a *inhaerere ossibus* dell'uomo medievale, il quale non riuscirà più a distaccarsene. Ciò che, nei primi secoli, fra il tardo-antico e il protomedievale, è il frutto di un insieme di forze strutturali e sovrastrutturali, nel medioevo maturo e nel tardo medioevo resiste malgrado il mutare degli assetti strutturali, perché è diventato mentalità, patrimonio comune di una cultura, credenza avvinta alla coscienza degli operatori, e perciò lenta a morire, pervicace ad esistere.

Nel «corso» del 1968 era la genesi del sistema che costituiva il nucleo della ricerca, ossia il tradursi dell'operosità dei rudimentali fabbri dell'officina altomedievale in un compiuto sistema giuridico nel grande discorso dei dottori del diritto comune. L'attenzione era

alle grandi linee, alle definizioni, alle scelte fondamentali dell'ordinamento. L'indagine, così come era consegnata nelle pagine del '68, non era monca, ma abbisognava — da un lato — di ulteriori verifiche e — dall'altro — di proseguire oltre. Il sistema medievale delle proprietà intuito e identificato sulla scorta di alcuni testi essenziali dei più vigili Maestri andava verificato nelle strutture stesse del sistema, tra le sue impalcature tecniche, con un'analisi minuziosa e consolidante. Sotto altro profilo, l'itinerario storico-giuridico doveva proseguire oltre, sul terreno della dottrina tardo-quattrocentesca e cinquecentesca, fra i segni ormai pieni dell'età nuova.

Vi fu invece formalmente un grosso indugio; formalmente, perché, nella sostanza, scelsi di dedicarmi a indagini che, esplorando lo stesso tema in altro emisfero storico, avrebbero ampliato e chiarificato l'orizzonte della storia dei diritti reali e bene si inserivano nel mio essenziale filo conduttore.

L'occasione dell'Incontro del 1972 su *La Seconda Scolastica e la formazione del diritto privato moderno* (6) mi portò sul terreno — peraltro fertilissimo — della analisi teologica, dapprima delle nuove correnti francescane (7) e poi dei Maestri spagnoli del *siglo de oro* (8); l'analisi del filone francescano valse, fra l'altro, a puntualizzare l'inizio di un segno di rottura nella vecchia antropologia, il giorno iniziale di una nuova mentalità che avrebbe avuto bisogno ancora di parecchi secoli per diventar giuridica ma che si affermava intanto fra Dugento e Trecento in una nuova visione teologico-filosofica del rapporto fra uomo e cosmo, fra uomo e cose.

Successivamente, un'altra occasione — quella del volume dei «Quaderni fiorentini» dedicato agli itinerari moderni della proprietà

---

(6) Con questo titolo gli «atti» congressuali, pubblicati l'anno dipoi a Milano dall'editore Giuffré, costituirono il primo volume della «Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno».

(7) *Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972) (il saggio è stato ristampato, per la benevola attenzione di Ovidio Capitani, in: *Una economia politica nel Medioevo*, a cura di O. Capitani, Bologna, Patron, 1987, p. I ss.).

(8) *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* - Incontro di studio-Firenze, 16-19 ottobre 1972, Milano, Giuffré, 1973.

— mi condusse all'esame della dottrina civilistica italiana dell'Ottocento (9). Questa — dottrina ufficiale, espressione della «ortodossia» trionfante —, guardata come contro-luce, segnalava l'esistenza di filoni alternativi che, riconnettendosi a una grande disputa culturale sulle forme primitive di proprietà, insistevano sulla rilevanza socio-economico-giuridica di un assetto organizzativo ufficialmente esiliato, la proprietà collettiva.

Fu una suggestione non resistibile, e ne nacque, nel '77, quel volume «*Un altro modo di possedere*» (10), cui doveva toccare in sorte una singolarissima fortuna (11) e che ha rappresentato per me, nella sua gestazione e redazione lunghe e faticose, una avventura intellettuale di straordinaria vivacità: era uno squarcio verso un altro pianeta proprietario, primitivo e remoto, che veniva ad aprirsi, né si trattava soltanto di un paesaggio arcadico pittoresco ma di altri modelli giuridici di organizzazione del reale che venivano ad affiancarsi a quello medievale del dominio diviso e a quello moderno del «possessive individualism».

Il tema che andavo arando negli anni '70 era sempre quello prediletto dei rapporti giuridici fra uomo e cose, ma in altri proscenii storici; il discorso del '68 continuava ad attendere una sua ripresa, pur se nell'animo dell'autore le indagini del passato lontano e vicino, intese come punti di una stessa lunga linea, si univano in un vivo contrappunto comparativo e arricchivano la sua consapevolezza culturale dandogli strumenti preziosi anche per il programmato ritorno verso il medioevo.

Sarebbero occorsi ancora diversi anni. Nel 1979 la mia elezione nel Consiglio Universitario Nazionale e il grosso impegno che per

---

(9) *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-1977).

(10) «*Un altro modo di possedere*» — *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffré, 1977.

(11) Ha avuto infatti il privilegio di due traduzioni: una, per l'intero volume, in lingua inglese (*An Alternative to Private Property - Collective Property in the Juridical Consciousness of the Nineteenth Century*, trans. by Lydia G. Cochrane, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1981); l'altra, per la prima parte (fino a p. 187 del testo italiano), in lingua spagnola (*Historia del derecho de propiedad - La irrupciòn del colectivismo en la conciencia europea*, trad. de Juana Bignozzi, Barcelona, Editorial Ariel, 1986).

me ne conseguì nel tentativo di limitare i danni del pasticciatissimo decreto n. 382 (12), rallentarono assai l'intensità della ricerca, tanto che, a parte due interventi di sintesi sul significato della proprietà moderna (13), l'unico modesto prodotto fu un saggio dell'82 in tema di usufrutto (14), che poteva tranquillamente considerarsi un semplice corollario di indagini precedenti.

É con il 1985 che gli approfondimenti e le integrazioni previsti e auspicati quasi venti anni prima cominciano a diventare realtà. Tramonta definitivamente il progetto carezzato, e concretamente perseguito con una vasta esplorazione di fonti, di un'ampia monografia sull'età nuova, sull'età di spartiacque tra medievale e moderno, mentre da quell'esplorazione fruttuosa prendon forma nell'anno 1985 un saggio sulla teorica del dominio diviso in Zasius (15) e uno sulla presunta modernità delle analisi di Pothier (16); tre anni dopo, l'invito del Consiglio della Società italiana di storia del diritto a tenere la relazione introduttiva — per la sezione medievistico-

---

(12) Per il lettore non italiano tengo a precisare che, quando gli universitarii italiani evocano questo numero 382, intendono riferirsi al Decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 concernente il «riordinamento della docenza universitaria».

(13) E precisamente la lezione su *L'inaugurazione della proprietà moderna* tenuta presso l'Istituto Universitario di Magistero «Suor Orsola Benincasa» in Napoli e pubblicata nella Collana «Interventi», diretta da Antonio Villani (Napoli, Guida, 1980) e la prelezione tenuta il 14 dicembre 1981 per l'inaugurazione dell'anno accademico 1981/82 dell'Università di Firenze: *Il significato storico della proprietà moderna*, in *Supplemento al Notiziario della Università di Firenze*, n. 6 (Novembre-Dicembre) del 1981.

(14) *Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana*, in *Università di Macerata-Annali della Facoltà di Giurisprudenza in onore di Attilio Moroni* — N.S., vol. IV, t. III, Milano, Giuffré, 1982 (nelle more della pubblicazione italiana fu tradotto in lingua tedesca col titolo: *Widerstandsfähigkeit kultureller Modelle in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts-Der Begriff der Nutzniessung in der französischen und italienischen Zivilistik*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, Jahrg. 1980).

(15) *«Gradus in dominio» - Zasius e la teorica del dominio diviso*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985) (in veste più ridotta, a causa dei limiti di spazio imposti dall'editore, il saggio è stampato anche in: *Satura Roberto Feenstra LXV annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, Fribourg, Editions Universitaires, 1985).

(16) *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà «moderna»)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985).

modernistica — nell'àmbito del Convegno senese su «La proprietà e le proprietà» (17) mi consentì di ribadire l'unitarietà del filo conduttore che legava tutti i contributi precedenti, esprimendo concisamente i risultati di tante indagini e i canoni metodologici in esse seguiti, fornendo anche alcune precise anticipazioni di specifici lavori futuri già definiti nella ricerca dell'autore. I lavori apparvero subito dopo e furono di diversa indole: in «*Dominia e servitutes*» (1989) si integrava l'analisi del sistema del diritto comune con un approfondimento della dialettica *dominium/servitus* e un allargamento dello sguardo nel terreno delle servitù prediali e personali (18); altri due saggi (1990) continuarono lo sguardo verso l'età nuova, cogliendo le reazioni dei culti rispetto alla categoria medievalissima del dominio utile (19) e le loro interpretazioni su una famosa definizione di feudo contenuta nei *Libri Feudorum* (20).

---

(17) *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà* — Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985, a cura di E. Cortese, Milano, Giuffrè, 1988, e in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988). Il saggio è stato tradotto in lingua tedesca (vedilo, col titolo *Das Eigentum und die Eigentümer in der Werkstatt des Rechtshistorikers*, pubblicato in *Rättshistoriska Studier*, B.XV — *Rechtsgeschichte und theoretische Dimension*, Stockholm, Nordiska Bokh., 1990) e spagnola (dal collega Angel Lopez y Lopez, Catedràtico de Derecho civil nella Università di Siviglia — al quale va il mio cordiale, affettuoso ringraziamento per una iniziativa che molto mi onora e mi rallegra — in veste di monografia autonoma col titolo: *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador* nella Collana «Cuadernos» della Casa Editrice Civitas di Madrid). I nn. 12, 13, 14, 15, 16 costituenti la seconda parte del saggio e dedicati a individuare la formazione e il carattere di una proprietà 'moderna' sono stati inseriti in *Letture di diritto civile* raccolte da G. Alpa e P. Zatti, Padova, Cedam, 1990.

(18) «*Dominia*» e «*servitutes*» *(Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989) (la prima parte di questo lavoro, sotto il titolo: «*Dominia*» e «*servitutes*» *(Invenzioni sistematiche del diritto comune classico in tema di servitù*, è anche pubblicata in *Die Bedeutung der Wörter-Studien zur europäischen Rechtsgeschichte-Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1991, p. 45 ss.).

(19) *La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadrivio cinquecentesco*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990).

(20) *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (la definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990) (la prima parte di questo saggio, che, riguardando le riflessioni del diritto comune classico, ha una sua autonomia, sarà pubblicata negli *Studi in onore di Cinzio Violante*, attualmente in corso di stampa).

Dalle ricerche fortunate di «Un altro modo di possedere» son poi derivate recentissimamente due provvide occasioni di maggior scavo sul tema — variegato, suggestivo, difficile e soprattutto esposto ai fraintendimenti più crassi — della cosiddetta proprietà collettiva: a Camerino, nel 1988, il Convegno celebrativo del centenario della Legge sulla abolizione delle servitù di pascere nelle provincie ex-pontificie mi dette modo di disegnare più compiutamente di quanto avessi fatto nel libro del '77 la figura di un intelligentissimo parlamentare marchigiano, Giovanni Zucconi, conoscitore provveduto dei problemi delle proprietà collettive e protagonista di quel rilevante atto legislativo del Parlamento italiano (21); reiterate circostanze congressuali per dibattere il tema delle proprietà collettive in un delicato momento della vita storica di tali assetti fondiarii — ultimo, quello organizzato dalle Regole Ampezzane appena qualche giorno fa in occasione della pubblicazione di un contestabile progetto di legge — mi hanno portato, a fronte dei persistenti e anzi intensificati motivi di incomprensione, a tentar di chiarire — innanzi tutto a me stesso — i molti nodi tecnici e culturali da sempre intimamente connessi all'argomento. *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* (1990-91) — così si intitola il saggio — è il tentativo di recuperare le forme di autentica proprietà collettiva alla loro peculiare natura giuridica, proponendo per i rapporti fra esse e lo Stato una soluzione squisitamente pluriordinamentale in un paesaggio finalmente liberato dai gravi condizionamenti dell'assolutismo giuridico moderno (22). Un discorso che, traendo dalla ricerca storica documentazione e fondazione, vuol essere però anche un memoriale per il legislatore e per il giurista di oggi e di domani.

Con quest'ultimo contributo posso ritenere definito e realizzato il mio iniziale progetto, pur consapevole come sono della relatività di una tale asserzione. Intendo dire: gli scopi prefissi mi sembrano in qualche modo raggiunti e in qualche modo conclusa una fase della

---

(21) Gli «atti» congressuali non sono stati ancora pubblicati. Il saggio, con il titolo: *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, è stampato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989).

(22) In *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990). In una redazione riveduta e integrata lo stesso saggio è in corso di pubblicazione sulla «Rivista di diritto agrario».

mia operosità di storico del diritto; senza precludersi la possibilità di riprendere in futuro lo stesso tema, può essere arrivato il momento di ricomprendere in una raccolta unitaria un martellio di indagini che, affiancandosi alle monografie in volume, è in grado di offrire al lettore uno strumento utile grazie proprio alla sua organicità.

Guardando infatti a ritroso i trenta anni di lavoro scientifico che mi stanno alle spalle, pur con i loro vuoti, pur con i loro divertimenti, pur con le stesse imperfezioni che oggi posso impietosamente rilevare nei singoli apporti, constato con soddisfazione due fatti: che il filo conduttore, — analisi di modelli tecnico-giuridici nel territorio dei diritti reali ma ricerca indispensabile delle loro fondazioni antropologiche — ha tenuto, e ha sorretto saldamente gli sparsi contributi, un filo dove, se qualcosa varia nel suo svolgimento, è un crescendo di consapevolezza tecnico-giuridica e storico-giuridica via via che si snoda nel tempo; che lungo questo filo si è tentato di rispondere ad alcuni grossi problemi storico-giuridici capaci di penetrare le trame della vicenda dei diritti reali nell'età di mezzo e nella moderna: innanzi tutto, al primo che sin dall'inizio mi era sembrato pressante, e cioè l'esatta comprensione del sistema medievale delle proprietà, e particolarmente la comprensione di quella creatura tutta medievale e tutta «magistrale» che è il dominio utile (una comprensione, per giunta, agevolata da una esatta percezione del discrimine logico e tecnico fra *dominia* e *servitutes*); in secondo luogo, al problema che emergeva subito dopo aver acquisito una perfetta coscienza del «segreto» delle proprietà medievali, e cioè dove stesse il «moderno» del nuovo sistema proprietario, e quando e per quali canali affiorasse e si consolidasse nell'età nuova; in terzo luogo, al problema che si profilava subito dopo aver disegnato con nitidezza il modello di proprietà moderna, e cioè l'emersione di modelli alternativi, ereticali, assolutamente minoritarii, ma meritevoli di essere analizzati in frizione al modello ufficiale per la carica culturale di cui si mostravano portatori.

Non sta a me dire se questi problemi siano stati soddisfacentemente posti e, ancor più, se se ne sia tentata una adeguata soluzione storico-giuridica. Certo è che in questa costellazione di saggi scritti in una lunga sequela di anni le grandi domande, quelle storicamente essenziali, sono state effettivamente poste, non l'una avulsa dall'al-

tra, pensata occasionalmente e isolatamente, ma anelli d'una stessa catena di pensiero, momenti d'uno stesso progetto culturale.

§ 2. Dimostrata — esaustivamente, mi sembra — la non-artificiosità del presente volume, passiamo brevemente in rassegna il suo contenuto. Esso racchiude i seguenti tredici saggi e nel seguente ordine (tutti già precedentemente ricordati, che qui si elencano pertanto con i loro titoli sommarii e un sommario riferimento all'anno della stampa):

Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali; (1967)

«Dominia» e «servitutes» (invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù); (1989)

«Usus facti» - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova; (1972)

«Gradus in dominio» (Zasius e la teorica del dominio diviso); (1985)

Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (la definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas); (1990)

La categoria del dominio utile e gli *homines novi* del quadrivio cinquecentesco; (1990)

La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica; (1973)

Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà «moderna»; (1985)

Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà; (1977)

Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana; (1980)

La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico; (1988)

La cultura giuridica di Giovanni Zucconi; (1989)

Assolutismo giuridico e proprietà collettive; (1990-1991)

L'ordine, come è chiaro, non è quello cronologico in rapporto alla data di pubblicazione (sarebbe stato troppo estrinseco), ma rispetta una consecuzione più sostanziale: dallo sguardo al sistema medievale nelle sue invenzioni tecniche, ai segni innovatori nel grembo della teologia francescana, alle testimonianze della scienza

giuridica umanistica, alla Seconda Scolastica cinque-secentesca, a Pothier, alle sistemazioni ottocentesche in Italia, in Germania, in Francia. Da ultimo, il discorso introduttivo al Convegno senese dell'88 — «La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico» — che, quale specchio fedele e sintetico del mio pensiero su un divenire comprendente medioevo ed età moderna, può benissimo fungere da momento riepilogativo e conclusivo. A parte e in fine, i due contributi, che non concernono il *dominium* o i *dominia* individuali bensì gli assetti proprietarii collettivi.

Averli presentati non nell'ordine di redazione e di pubblicazione ingenera inevitabilmente una singolarità: che il lettore trova una consapevolezza più complessa in taluni saggi proposti fra i primi (perchè toccanti temi cronologicamente precedenti, come — per esempio — *'Dominia' e 'servitutes'*), ma che sono tuttavia all'esito terminale di un filo di pensiero unitario e pertanto di una ininterrotta riflessione che si è vieppiù maturata nel tempo. Il lettore provveduto non mancherà di verificarlo lui stesso rilevando la singola collocazione in tutto il ventaglio della mia ricerca.

Di tutti i saggi più sopra menzionati nel corso di questa introduzione resta esclusa soltanto la mia relazione spoletina sui contratti agrari altomedievali ([23]), e ciò perché un pò esorbitante dai confini presegnati al volume: non v'è dubbio che il tema dei contratti agrari sia strettamente connesso a quello dell'assetto fondiario, ma non v'è dubbio che straripi di parecchio in mille rivoli; si è preferito tenerla fuori. É invece ricompreso il saggio su Zucconi, perché, anche se formalmente rivolto ad analizzare la cultura giuridica di un personaggio, ha di fatto il suo protagonista nelle proprietà collettive dell'Appennino marchigiano capite e difese da un eccezionale uomo politico.

I saggi sono riprodotti nella lingua della loro stesura originaria — l'italiano — e nella forma originaria in cui furono all'inizio stampati, fatte salve alcune minime correzioni e integrazioni. Del saggio «Assolutismo giuridico e proprietà collettive», che ha avuto due redazioni sensibilmente diversificate, si riproduce qui la seconda

---

([23]) E, naturalmente, le due lezioni ricordate più sopra alla nota 13, perché ripetevano, in forma più adatta ad un vasto pubblico di non-specialisti, itinerari e risultati indagati e documentati negli altri saggi.

versione pubblicata sulla «Rivista di diritto agrario», perché è questa che l'autore riconosce come definitiva.

§ 3. Il dominio e le cose: due nozioni non intrinsecamente giuridiche per contrassegnare un libro scritto da un giurista e che ha per oggetto di studio il preciso territorio del diritto, del suo ordine, delle sue invenzioni storiche e, più specificamente, come recita il sottotitolo, di quella porzione rilevante di esperienza giuridica che, nel vocabolario tecnico dei giureconsulti, si è soliti qualificare come «diritti reali». Due nozioni non intrinsecamente giuridiche volutamente scelte, tuttavia, per il titolo d'un libro giuridico in grazia di tre buone ragioni.

La prima è che, apparentemente generiche, valgono invece a puntualizzare efficacemente i termini estremi fra i quali si sviluppa e corre la dialettica del rapporto fra uomo e beni: il dominio, proiezione della volontà potestativa del soggetto sul mondo del reale, espressione d'una lettura di questo mondo all'insegna dello stesso soggetto; le cose, un ammasso di fenomeni apparentemente bruto, neutro, informe, ma percorso da regole rigorose, depositario di forze condizionanti, munito di resistenze invalicabili.

La seconda è che, se qualcuno obiettasse essere questa una dialettica di sempre ed essere pertanto le due nozioni prive di una loro pregnanza sul piano storiografico, esse — al contrario — servono egregiamente a mettere in rilievo l'esasperazione che si ha di quella dialettica, con messaggi storicamente irripetibili nella loro tipicità, proprio nei pianeti storici medievale e moderno, nel primo dove tutto si costruisce dal basso in aderenza alle cose e condizionando a queste l'intera costruzione, nel secondo dove tutto si costruisce sul soggetto e sulla sua volontà, dove tutto si risolve in una proprietà che nasce e si modella all'interno di lui per proiettarsi verso l'esterno e porre nel reale il marchio di questa originaria assolutezza interiore.

La terza è che le due nozioni, nella loro genericità di locuzioni polisense, rinviando a più profondi piani antropologici, servono anche a segnalare che nessuna porzione di esperienza giuridica più dei diritti reali ha bisogno — per essere compresa appieno e, quindi, appieno storicizzata — di pescare in dimensioni che stanno al di là del diritto, e che il giurista ivi impegnato, senza nulla abdicare al suo

mestiere e all'armamentario del suo mestiere, deve rendere più complessa la sua visione e la sua consapevolezza.

§ 4. I saggi raccolti in questo volume, come si è sottolineato più sopra, avrebbero la pretesa di cogliere l'originalità ed essenzialità — il 'segreto', abbiam detto più sopra — delle costruzioni giuridiche in tema di diritti reali nelle due esperienze medievale e moderna. Non saranno disutili due parole sull'approccio e sul metodo.

Lo sguardo prevalente nell'osservazione della prima è stato sincronico, accompagnato da una mai deposta consapevolezza diacronica; e qui una siffatta nebulosa affermazione abbisogna di ulteriori chiarimenti. L'esperienza giuridica medievale è quella che, assai più della moderna, ha avuto modo di assestarsi e di radicarsi; che, dopo una lunga capillare gestazione dal secolo quarto all'undecimo, ha goduto il privilegio di poter ancora costruire per ben quattro secoli sulle già individuate fondazioni. Il mio sguardo, rivolto soprattutto all'età del diritto comune classico (secoli XI-XV), ha potuto — correttamente, io credo — distendersi anche in una osservazione sincronica: perché in questo secondo medioevo si stava erigendo un edificio con dei prevalenti attributi sistematici. Una esperienza giuridica forte nei suoi consolidati valori metagiuridici ha la immobilità relativa delle radici, che certamente non mancano di dilatarsi, allungarsi, modificarsi, ma insensibilmente per non compromettere la loro funzione fondante. Il mondo del diritto comune deve esser visto anche come costruzione, consolidamento di un divenire, sistema, cogliendo sincronicamente il suo messaggio. A condizione però che una duplice inabdicabile consapevolezza diacronica sorregga lo storico per impedirgli il rischio di astrazioni dalla esperienza; duplice, perché il dato sistematico-sapienziale deve esser sempre visto in contrappunto con la grande gestazione fattuale precedente, che funge per esso da serbatoio di motivi e di valori (io non insisterò mai abbastanza sulla sostanziale unitarietà di fondo della esperienza medievale, anche se scandita in due momenti ben precisati, e sulla assoluta antistoricità di una visione che non veda l'uno in nesso indissolubile con l'altro); perché del dato sistematico-sapienziale non si dovrà mai pretermettere il movimento immobile che continuamente lo percorre e che rende il sistema non una

architettura ludica o puramente nuvolesca bensì in coerenza con la vita storica cui l'immobilità massimamente ripugna.

Certo è che l'esperienza medievale arriva a creare un compiuto modello giuridico dei rapporti fra uomo e beni, a farlo penetrare armonicamente nelle pieghe della esperienza culturale e sociale, ad applicarlo, a farne una dimensione operativa nella storia. Quel modello, preparato da generazioni di rozzi fabbri altomedievali, successivamente definito da una *scientia iuris* dalla universale latitudine, diventa valore; quel che è più importante, diventa valore ricevuto anche sul piano giuridico, anche a un livello tecnico. L'esperienza medievale e post-medievale (in molte regioni europee sino alla fine dell'antico regime) ha insomma vissuto quotidianamente ma per secoli il proprio modello giuridico.

Tutto diverso è, per quanto attiene ai diritti reali, l'itinerario della esperienza giuridica moderna. Già nel tardo Dugento affiorano e per tutto il Trecento si moltiplicano i germi che condanneranno a morte, erodendoli nelle fondamenta, l'edificio giuridico medievale e il suo modello. Le voci e gli scritti saranno però di teologi, che cominciano a disegnare una nuova antropologia con al centro un nuovo soggetto finalmente davvero «proprietario» e conseguentemente ribaltano il vecchio rapporto uomo-cose capovolgendolo. Ma il modello che prende forma è squisitamente antropologico, diverrà assai lentamente anche sociologico-politico, facendosi modello giuridico operante ben oltre la fine dell'antico regime, quando ormai la civiltà medievale è morta e sepolta da secoli. I giuristi, anche i neoterici, i culti, ci consegnano un messaggio folto di ambiguità, e, dove il disegno è netto — per esempio, in Cujas —, quel disegno ha una dimensione ludica come in tante espressioni umanistiche e postumanistiche restando una esercitazione libresca anche se ammirevole. Con ambiguità appare perfino nelle grandi Codificazioni ottocentesche, a partire da quella che più sembra collegata ai cambiamenti della Rivoluzione, e cioè la napoleonica. Il nuovo modello giuridico, coerente a una società capitalistica evoluta — la tedesca di metà Ottocento —, ce lo consegnerà soltanto la matura riflessione pandettistica. Ma, alla metà del secolo XIX, l'esperienza moderna vive — al tempo stesso — una definizione e consolidazione unitamente alle prime incrinature del modello. Di lì a poco, la ventata della prima guerra mondiale, il ventennio dopo di essa così

gremito di problemi nuovi, di riflessioni provocanti e sottilmente sovvertitrici (penso — per arrestarmi all'Italia — a due civilisti già perfettamente collocabili in una teorizzazione post-moderna della proprietà, Enrico Finzi (1923 e 1935) e Salvatore Pugliatti (1935 e 1952), le esperienze di regimi politici autoritari programmaticamente tesi — come, in Italia, il regime fascista — a fondare un nuovo (o preteso tale) ordine giuridico, tutto ciò rende rapida l'eclisse del modello pandettistico, nè occorrerà aspettare il secondo sfacelo bellico e il diffondersi delle teorie comunistiche per constatare insoddisfazioni, revisioni e addirittura irrisioni. Il modello giuridico si è cominciato a sfaldare in seno alle coscienze subito dopo essere stato perfezionato.

Lo sguardo diacronico era l'unico che si legittimava per cogliere questa lunga, estenuante decantazione di cinque secoli che fa di un generico modello antropologico un modello giuridico dogmatico ma operativo. Alle immobilità relative del sistema del vecchio diritto comune si sostituiscono — nell'occhiale dello storico del diritto — le emersioni lente e sporadiche, gli affioramenti, i punti che pian piano divengono linea. L'attenzione, che il lettore constaterà precisa nei saggi modernistici della raccolta, è sulle ambivalenze, le percezioni del nuovo, le resistenze del vecchio: qualcosa, molto, muta intorno al diritto, ma il pianeta giuridico è restio a spossessarsi dei vecchi impianti; lo sguardo dello storico è diacronicamente sempre rivolto a un divenire, a un futuro che si delinea faticosamente e che resta nello sfondo come una conquista irraggiunta, raggiunta soltanto sul limitare estremo della età nuova.

Qualcosa sul metodo ho detto più sopra e, più e meglio che in un discorso generale cui mi sentirei del tutto inadatto, il lettore percepirà leggendo i saggi del volume. Mi limito a ripetere qui un punto che mi preme: sono convinto che il tema dei diritti reali e soprattutto della proprietà sia stato quasi sempre soltanto appena sfiorato proprio perché lo storico del diritto ha rinunciato — troppo spesso per impotenza — a indossare le vesti del giurista (che sono le sue proprie) e si è accostato a quel groppo di istituti vitali senza tentar di scendere all'interno del discorso dei giuristi, di *pensare giuridicamente con loro*; l'approccio è stato un approccio esterno, liminale, né ha avuto quella valenza tecnica che consente di penetrare all'interno e percepire con lucidità quello che io ho chiamato

lepidamente il «segreto» di un assetto giuridico. Eppure, è questo il mestiere tipico allo storico del diritto (24) e per lui il più evocativo, perché gli permette di fissare i piedi sul terreno saldo delle scelte tecniche e, nel tempo stesso, di trascenderle assai col proprio sguardo arrivando alle dimensioni alta degli ideali e fonda delle ideologie; il conseguimento di un tal risultato per il tramite delle articolazioni tecniche gli consentirà di evitare le secche delle declamazioni retoriche e di guadagnar sicurezza per il proprio discorso.

Mi spiego meglio: il tema della proprietà e delle proprietà è rischioso, anzi rischiosissimo, per due motivi.

Ha una sua evidente e forse prevalente dimensione metagiuridica che investe il politico e, in talune visioni, l'etico; il pericolo è di arrestarsi a concionare su questi aspetti intridendo di umori il discorso scientifico. La consapevolezza della indubbia valenza politica insieme alla volontà di vederla nello sfondo filtrata dalla oggettività del discorso tecnico è salvante per lo scienziato giurista.

Secondariamente, non v'è forse terminologia giuridica gremita — come questa — di tante equivocità semantiche e storiche, sia che si articoli nella voce bifaria «dominium-proprietas, dominio-proprietà», sia che si condensi nell'espressione simbolica centrale «proprietà»: continuità di voci e relatività di contenuti creano per lo storico del diritto (soprattutto medievale) sabbie mobili nelle quali è facilissimo restare invischiato; e sabbie mobili creano vieppiù i diversi piani sui quali agilmente si muove il termine «proprietà» esprimente con pari legittimità un bene, una istituzione, un concetto. Lasciando la strada impercorribile di un malfido vocabolario, anche in questo caso il modo di uscir dal pantano e dalle nebbie è quello di chiedere un riferimento obbiettivo alle articolazioni tecniche — non importa se siano le rozze sgrossature del notaro incolto o i pinnacoli gotici del sapientissimo maestro universitario —, nelle quali viene limpidamente consegnato l'assetto di interessi sottostante. É ovvio che si richiede allo storico del diritto una capacità di lettura che lo storico generale spesso non ha e che forse non può avere; gli si richiede specialmente di *pensare giuridicamente insieme* agli antichi confezio-

(24) Ne ho parlato, alcuni anni fa, in: *Sulla «natura» del contratto (qualche nota sul «mestiere» di storico del diritto, a proposito di un recente «corso» di lezioni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986).

natori delle sue fonti, che affidarono agli ingranaggi tecnici la loro voce più franca. Questo non è né eccesso di giuridicismo, né un rigurgito isolazionistico. Infatti, spetterà poi a lui non ritenersi pago degli ingranaggi, vederli in chiave strumentale e sollevarsi al di sopra; solo allora lo potrà fare senza velleitarismi e senza discorsi a vuoto, in grazia del valore altamente interpretativo che quegli ingranaggi racchiudono in sé.

É con questo piccolo bagaglio di sensatezze metodiche, è con questa coscienza del nostro mestiere di storico del diritto che nei molti saggi contenuti in questo libro si è voluto ripercorrere, nell'alveo delle esperienze giuridiche medievale e moderna, gli itinerari del «mio» giuridico, rilevarne con precisione i confini nell'una e nell'altra esperienza in rapporto a tutto il complesso spazio del «reale», constatare quale minimo o massimo di condizioni socio-economiche e tecnico-giuridiche si richiedesse perché si fosse fuori o dentro quel territorio del diritto, così privilegiato nella storia giuridica occidentale e soprattutto nella storia giuridica romana e romanistica, che è appunto il «mio»; non un «mio» generico, puramente antropologico o sociologico, bensì il «mio» giuridico, al cuore dei valori giuridici dell'ordinamento.

§ 5. Scrivo queste righe introduttive e licenzio l'intero volume nella quiete estiva di una splendida campagna chiantigiana, secondo una consuetudine che ho puntualmente osservato durante gli ultimi venticinque anni nel momento di definizione dei miei più rilevanti lavori scientifici. Una tale occasione è tuttavia particolarmente significativa per questo volume, e mi piace qui rilevarla e segnarla congedandomi dal lettore: è grazie alla assidua familiarità con questa campagna che io, distrattissimo cittadino, mi sono avvicinato al mondo delle cose.

Ho avuto la fortuna di vivere gli ultimi anni di una civiltà agraria e di un paesaggio agrario oggi irrimediabilmente perduti, la civiltà e il paesaggio della mezzadria classica toscana, una realtà solcata da molte e gravi ingiustizie sociali, fondata su uno sfruttamento pesante del lavoro della famiglia mezzadrile, ma che attuava sicuramente un legame profondo fra la terra e chi la lavorava vivendoci sopra giorno e notte per un'intera vita, che cementava in un vincolo di straordinaria intensità soggetti e cose. Per la bocca degli ultimi mezzadri

chiantigiani (penso particolarmente a uno che portava con signorile disinvoltura un ingombrante nome bizantino) io ho avuto il privilegio di sentir parlare le cose, questa mirabile entità produttiva che è la terra con le sue regole primordiali scritte efficacemente nel suo grembo, almeno per chi sappia e voglia leggerle. Fra questi «lettori» attenti delle cose il mezzadro di ieri ha un posto di primo piano.

La mezzadria è senza ombra di dubbio agli occhi dell'economista una organizzazione produttiva del tutto superata e agli occhi del sociologo una combinazione inidonea fra capitale e lavoro, ma realizzava una simbiosi fra soggetti e cose, e la cosa diventava parte di un dialogo personalissimo fra essa stessa e il mezzadro, che la sentiva psicologicamente e affettivamente sua anche se giuridicamente non sua.

La dialettica eterna fra i due mondi dei soggetti e dei beni si esaltava — e anche si componeva — nella misura della campagna chiantigiana fino ai primi anni Sessanta, dove i mezzadri avevano trasformato in giardini una terra solare e suggestiva quant'altra mai, ma arida ed aspra e povera di gratificazioni economiche nei ripidi poderi collinari allora sempre condotti a cultura promiscua. Era quello l'ultimo colloquio personale e confidente fra uomo e terra, l'ultima traccia d'un rapporto partecipativo dell'uomo con la terra ma anche di questa con quello, sentita come creatura viva e vitale. Oggi l'impresa agraria, cancellata senza rimpianti una paleolitica arcadia, tende comprensibilmente a conseguire il miglior risultato economico con i minori costi, razionalizzando strumenti di produzione ed energie lavorative, utilizzando una conoscenza puramente tecnica della terra.

Il lettore può ora capire perché, nel momento in cui licenzio per la stampa un libro che ha per protagonista la cosa — conculcata dal dominio o mortificatrice del dominio —, qui nel cuore di una terra fino a ieri squisitamente mezzadrile, l'evocazione che da essa proviene è stata in me troppo forte per ignorarla.

Citille in Chianti, Festa dei Santi Pietro e Paolo 1991.

NATURALISMO E FORMALISMO NELLA SISTEMATICA MEDIEVALE DELLE SITUAZIONI REALI (*)

1. Nella seduta reale del 23 giugno 1789 Luigi XVI così dichiarava le sue intenzioni agli Stati generali intorno all'incandescente problema fondiario: «Toutes les propriétés sans exception seront constamment respectées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriétés, les dixmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques, attachés aux terres et aux fiefs, ou appartenants aux personnes» (1). L'ultimo monarca dell'antico regime non poteva darci testimonianza più puntuale d'un mondo che stava sparendo. Di lì a pochi mesi la legislazione rivoluzionaria, traducendo sul piano normativo le martellanti istante dei fisiocrati (2), avrebbe sconvolto e sovvertito quel mondo nel tentativo di liberare «la» proprietà dal cumulo «delle» proprietà, di isolare «la» proprietà da ogni altra situazione reale (3) nell'esigenza sentitissima di erigere un piedistallo etico e politico a una situazione che, costruita in generale come diritto naturale imprescrittibile e sacro

---

(*) Pubblico qui la prolusione al corso di diritto comune letta all'Università di Firenze il 4 aprile 1967. Sono aggiunte le note.

(1) Si veda il testo in *Recueil de documents relatifs aux séances des Etats généraux - mai-juin 1789*, I-II, *La séance du 23 juin*, a cura di L. LEFEBVRE, Paris 1962, art. 12.

(2) Sul ruolo della scuola fisiocratica in ordine alla formazione del programma legislativo della Rivoluzione, tra una vasta letteratura, basti rinviare alla meditata puntualizzazione di J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris 1951, pp. 28 ss., dove si troverà anche una buona bibliografia. Si vedano anche i dati offerti da D. FIOROT, *La filosofia politica dei fisiocrati*, Padova 1954, pp. 68 ss.

(3) Cfr. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris 1949, pp. 331 ss. e M. GARAUD, *La révolution et la propriété foncière*, Paris 1959, pp. 151 ss.

dell'uomo (4), complementare alla libertà e alla sicurezza (5), si sarebbe posta a fondamento del nuovo regime.

«La» proprietà e «le» proprietà, dunque, potremmo dire facendo nostra l'intitolazione d'un notissimo saggio civilistico (6). E non è, ovviamente, solo questione d'un plurale. È che al di sotto di quel plurale si nasconde tutto un modo di valutare il problema del rapporto tra uomo e cose, e di risolverlo; si cela tutto un singolare assetto fondiario e un sistema concettuale su quello elaborato. Quel plurale sta cioè a significare un atteggiamento e delle scelte assolutamente consapevoli e precisati: sono appunto le scelte dell'esperienza giuridica del diritto comune, entro la quale il problema della proprietà è profondamente sofferto e trova sistemazioni d'una peculiarità inconfondibile.

È a queste sistemazioni che vogliamo gettare uno sguardo fugace, con la preoccupazione di cogliere in esse il senso d'un ordinamento nel suo assestarsi definitivo, di domandare ad esse una più efficace precisazione del volto di quello, certi come siamo che è

---

(4) È la «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» del 1789 che, all'art. 17, parla appunto di «droit inviolable et sacré» (se ne veda il testo in F. BATTAGLIA, *Le carte dei diritti*, Firenze 1946, p. 122). È chiara la derivazione fisiocratica di questa affermazione di sacralità dell'istituto, e possono leggersi, a verifica di una simile convizione, certe pagine de *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* di LE MERCIER DE LA RIVIÈRE che, pubblicato nel 1767, resta una delle testimonianze più fedeli e puntuali della scuola dei fisiocrati. Il testo dell'*Ordre* è stato tradotto nella Collana «Biblioteca dell'economista», I serie, I, *Fisiocrati*, Torino 1850; cfr. soprattutto pp. 257 ss. Sulla singolare figura di Le Mercier de La Rivière, uno dei pensatori che ha inciso più a fondo sulla formazione intellettuale dell'élite rivoluzionaria, cfr. E. RICHNER, *Le Mercier de la Rivière. Ein Führer der physiocratischen Bewegung in Frankreich*, Zürich 1931 e L.P. MAY, *Le Mercier de La Rivière*, Paris 1932.

(5) La «Déclaration» del 1789 afferma che i diritti naturali e imprescrittibili la cui conservazione è il fine di ogni comunità politica sono «la liberté, la propriété, la sureté et la résistance à l'oppression». L'accostamento tra *propriété e sureté*, e la strutturazione d'una società politica fondata su questi due principi sono tipici della dottrina fisiocratica. Si veda di LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'ordine naturale ed essenziale delle società politiche*, cit., p. 258, che fissa il programma della scuola in questi tre punti: proprietà, sicurezza, libertà. L'uguaglianza, pur concretamente presente e operante come criterio informatore in atti precedenti, assurgerà a principio generale della legislazione rivoluzionaria solo con la «Déclaration» della Convenzione Nazionale del 29 maggio 1793 (cfr. artt. 1-2).

(6) È appena il caso di precisare che si fa riferimento allo studio di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, ora in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954.

dalla frizione fra soggetto e cose che scaturiscono le reazioni più autentiche di un'esperienza storica.

Abbiam detto: soluzioni peculiari, e il discorso programmatico di Luigi XVI, da cui abbiamo preso le mosse e che è intimamente pervaso d'un respiro medievale, denuncia questa peculiarità, tanto acuita da sorprendere chi vi ponga attenzione con la mentalità d'un moderno; e non già per quei riferimenti feudali che a noi non interessano e che si rivelano i più caduchi, quanto per quella dilatazione del concetto di proprietà fino a ricomprendervi una gamma cospicua e volutamente non precisata di *iura in re*, dilatazione che testimonia inequivocabilmente e presuppone un sistema fondiario scardinato dai dogmi classici, particolarmente interessato a fenomeni diversi dalla proprietà e dal proprietario in senso formale.

Per comprendere appieno il processo mentale e le conclusioni dei giureconsulti medievali, noi dovremmo dunque rinunciare a buona parte della nostra mentalità legata per un verso agli schemi dell'individualismo economico, per un verso alle soluzioni dommatiche della Pandettistica, gli uni e le altre fondati, come su di un pilastro ineliminabile, sul concetto di diritto soggettivo come potere della volontà d'un soggetto e della proprietà quale diritto soggettivo per eccellenza (7); ancora oggi, in un clima di intensa e approfondita

---

(7) Si veda F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, Torino 1886, I, p. 52. S'intende che, quando si parla qui di diritto soggettivo, si fa riferimento a quello schema concettuale elaborato dalle correnti individualistiche e razionalistiche dominanti il pensiero giuridico sette-ottocentesco e fondato su «una metafisica dell'individuo considerato in se stesso nella sua singolare perfezione, prima ed indipendentemente dalla vita sociale». Una viva problematica sull'argomento può suscitare la lettura del volume collettaneo su *Le droit subjectif en question* («Archives de philos. du droit», 1964, IX), e soprattutto dei contributi di H. Coing e di J. Dabin. Tra la vasta letteratura sulla tematica del diritto soggettivo ci sembrano particolarmente interessanti anche le acute puntualizzazioni di W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo* e *Il diritto soggettivo*, ora in ID., *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano 1956 e di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Le linee di una vicenda concettuale*, in «Jus», 1960, *passim*, ma soprattutto pp. 151 ss. e 158 ss. Il vasto e vario travaglio della dottrina moderna può trovarsi esposto in J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 1952. Interessante come tentativo di disincagliare il concetto di diritto soggettivo dalle basi d'una filosofia individualista, cfr. da ultimo ID., *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, in *Le droit subjectif*, cit. anche se ci sembra destinato a non riuscire perfettamente il tentativo di inserire precise venature di obbligo in seno al concetto di diritto

revisione di tante consolidazioni (8), a stento rinunciamo alla tentazione di costruire la proprietà in ogni suo aspetto e tipo come concetto etico e di farne la insopprimibile proiezione della persona umana (9).

E dovremmo rinunciare anche agli schemi mentali del nostro positivismo legalista nei quali la confinazione tra fatto e diritto non è soltanto rigidamente intesa in senso del tutto formalistico, ma anche risolta universalmente nell'assunto indiscutibile della volontà creatrice del soggetto (10).

L'ordinamento medievale ha invece prospettive e aperture insospettate: il diritto vive il quotidiano mutarsi dei fatti sociali arricchendosene grazie al ripudio di schemi legali come sua ipostatizzazione naturale e grazie alle molteplici e sensibili valvole aperte continuamente sull'esperienza che sono la dottrina, la giurisprudenza, il notariato, assunti, sia pure entro certi limiti, a fonti dell'ordinamento stesso. In questo mondo, dove tutto tende a risolversi al di là di un sistema di norme autoritative, in questo pluralismo dominato da criteri probabilistici nell'esigenza di non

---

soggettivo. È questo un concetto nato come antitetico a quello di obbligo, assolutamente precisato nei suoi contorni logici e storici, che si può accettare o di cui ci si può sbarazzare senza rimpianto, ma su cui è ardua e relativamente sterile una incidenza dottrinale per modificarne il contenuto.

La frase sopra riportata fra virgolette è di L. BAGOLINI nella bella introduzione a L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, trad. it., Firenze 1950, p. 12.

(8) Limitatamente alla letteratura giuridica, da ultimo, un ripensamento originale della materia dei diritti reali al di fuori dei soliti binari obbligati della tradizione ottocentesca è quello di F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli 1966, che tradisce fin dalla intitolazione l'angolatura nuova dalla quale si intende esaminare il problema.

(9) Come ripudio d'una simile impostazione del problema della proprietà ci sembra notabile la recentissima enciclica di Paolo VI *Populorum progressio*, nella quale l'istituto proprietà privata viene valutato, per quanto concerne la proprietà dei mezzi di produzione, quale mero strumento ordinativo della realtà economica, sul quale le reazioni da parte della contingenza storica possono agire fino al punto di pretendere la scomparsa dello strumento stesso.

(10) Si veda il tomo III degli «Archives de philos. du droit», 1957, dedicato appunto al tema *Le rôle de la volonté dans le droit*. Interessante, anche se non si può aderire intieramente alle sue conclusioni, il contributo di M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*.

vincolare il fenomeno giuridico entro chiusure rigorose (11), il diritto ha una sua dimensione vitale, un contatto fittissimo con la natura delle cose sociali ed economiche, che si traduce in una impressionabilità singolare da parte di quella, e l'idea del diritto come cristallizzazione rigida cede all'idea d'una realtà mobile e permeabile dal flusso senza fine dei fatti (12).

È sicuramente per questo che, di rado, ci è dato trovare in giuristi personalità più aperte degli interpreti medievali a consentire l'immissione dei fatti esterni della *rerum natura* entro le trame dell'ordinamento, sensibilità più viva per la storicità del diritto, per la sua condizionabilità da parte di quei fatti. Sia pur tra le pastoie della loro educazione romanistica, delle loro fonti romane abbastanza appiattite nella sistemazione dogmatica dei bizantini, è palese il tentativo virile di superarle.

Il dramma di questa dottrina infatti sta tutto nella situazione paradossale che nasce dallo scontro fra l'esigenza di assumere a propria fonte normativa il *corpus* giustinianeo e la consapevolezza, acuita al massimo, di quanto poco quella fonte si prestasse alle diverse dimensioni della realtà medievale; fra l'ossequio verso una norma storica intimamente pervasa ai suoi occhi di motivi sacri per essere la promanazione di un'autorità quasi sacerdotale (13) e la volontà sentita e sofferta di rompere certe trame troppo rigide delle fonti romane per dare respiro e volto nuovi alla squisitamente nuova esperienza economica, sociale e politica.

Nasce da qui quella singolare dissonanza, che domina tutta l'elaborazione medievale dei diritti reali, tra una scelta di superficie che è di adesione ai postulati giustinianei e un lavorio in profondità,

---

(11) Sul probabilismo quale angolo di impostazione della dimensione giuridica da parte degli interpreti medievali, cfr. da ultimo A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, Pavia 1966, CXLIII, pp. 131 ss.

(12) Un saggio che è sempre bene tener presente a questo proposito è quello di P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in ID., *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano 1963, p. 103, dove la meditazione si allarga e si arricchisce nell'accostamento fitto e illuminante fra dato giuridico e dato linguistico.

(13) Cfr. A.C. JEMOLO, *Il carattere quasi sacerdotale dell'imperatore attraverso alcuni commenti alle decretali «Venerabilem» e «Quum venissent»*, ora in *Scritti vari di storia religiosa e civile*, Milano 1965.

fitto, scalzante, incisivo, che parte da diversi e forse antitetici presupposti e muove verso diverse finalità.

Le definizioni della proprietà sono tutte costruite su schemi classici e fan leva sull'assolutezza, l'esclusività, l'indipendenza per puntualizzare la situazione soggettiva del *dominus fundi* (14), ma, se voltiamo appena questa pagina iniziale del discorso dei nostri giuristi, prendiamo coscienza di un itinerario logico e culturale che non nasce da quelle definizioni ma che ha invece un suo corso geneticamente e funzionalmente autonomo. Ci accorgiamo insomma che al di sotto delle definizioni esaltanti il *dominium* sta un sistema che non intende far perno sulla situazione *dominium*, che in quella situazione relativamente crede, che tende a valorizzare situazioni diverse dal *dominium* e a fondarsi su quelle. La definizione resta come a mezz'aria senza quasi contatti con il tessuto dell'esperienza, dove un radicale spostamento nell'attenzione dell'ordinamento conduce verso valori per buona parte estranei a quelle definizioni.

Mai, come in questo esempio delle situazioni reali, il diritto giustinianeo, *sacratissima lex*, si dimostra quale paradigma da proporre con la ferma intenzione di superare un momento dopo, norma cui rendere un doveroso omaggio e poi abbandonare per la ricerca di soluzioni più coerenti.

Ma quali soluzioni? Verso dove conduce lo spostamento di attenzione dell'ordinamento medievale? Quali diversi valori emergono nella disciplina del rapporto tra uomo e cose agli occhi degli interpreti di diritto comune?

2. Un primo dato, che a taluno potrebbe sembrare persino ovvio ma che ovvio non è sol che si pensi a certi schemi classici e moderni, è che il problema delle situazioni reali si spoglia di ogni interpolazione etica e politica per assumere la dimensione d'un problema di meri strumenti ordinativi della realtà economica; al di

(14) Per una elencazione e illustrazione delle varie definizioni elaborate nell'ambito della giurisprudenza intermedia, cfr. B. BRUGI, *Della proprietà*, Napoli-Torino 1923, I, pp. 20 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma 1928, I, pp. 264 ss.; U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, rist., Milano 1952, pp. 37 ss.

là di impostazioni e istanze formalistiche e volontaristiche è unicamente su questo piano che si pone e si muove.

Non è pertanto situazione reale una forma giuridica particolarmente affinata, munita di particolari tutele, espressione d'una volontà tipica dello Stato, capace di assurgere a dato sovrastrutturale e tendenzialmente inserita in un *numerus clausus* sottratto all'autonomia dei privati (15); al contrario, la realtà economica funge da formidabile elemento condizionante, tanto che si può dire *in limine* che, nel mondo medievale e anche in quello della stessa dottrina medievale, ogni sostanza economica esprimente il primordiale rapporto fra soggetto e bene può emergere al rango di situazione intensamente qualificata come quella reale.

Con una prima conseguenza: il completo seppellimento della tipicità con il disgregarsi del formalismo giuridico e la possibilità d'un sistema di mille situazioni reali tante quante le mille combinazioni del gioco vario e incontrollato dei fatti economici.

La più puntuale precisazione ce la dà Baldo, e a proposito della situazione reale per eccellenza, il *dominium*; ed è testimonianza cospicua sotto due profili: perché esprime la piena maturità del pensiero dei commentatori e perché proviene da uno dei giureconsulti più sensibili alla realtà contemporanea e più autonomi dal testo normativo romano.

Motivo per l'approfondimento dell'interprete è il dettato problematico d'una nota e notevole costituzione di Giustiniano I in tema di proprietà dei beni dotali, nella quale, con l'immaginoso linguaggio della cancelleria bizantina, si afferma che il *dominium* del marito su quei beni è più dovuto a una «subtilitas legum» che alla «rei veritas», e che la moglie ha, se non *de iure* almeno *naturaliter*, il dominio su di essi (16). È quanto basta per turbare un interprete

---

(15) In generale, sul grosso problema della tipicità, anche se particolarmente dedicato alla tipicità negoziale, è fondamentale l'articolo di E. Betti, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in «Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata», 1966, I.

(16) C. 5, 12, 30: «in rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sint, sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt

sensibilissimo a istanze equitative e disposto per innata propensione a sacrificare gli aspetti formali del diritto; è quanto basta per dare l'avvio a una meditazione di rilievo e ad una analisi dell'istituto *dominium* che ci paiono illuminanti: «Quadruplex est dominium, scilicet vendicationis quo possumus rem vendicare ab alio detinente...; dispositionis, idest de quo possumus disponere et alienare pro libito voluntatis...; plenae possessionis; ... et dominium fruitionis de quo hic loquitur, quia dote promiscue utuntur vir et uxor, unde dominium mulieris non est absorptum sed remanent reliquiae eius propter fruitionem et utilitatem dominii» (17).

L'importante è che qui Baldo non sminuzza il contenuto della proprietà in molteplici poteri la cui somma genera l'istituto proprietà, ma fa un discorso ben diverso. Egli vuol fissare gli aspetti individuanti e tipici del dominio, e al rango di aspetto individuante viene elevato il godimento. Ogni situazione di godimento *può* essere dominio, e può esserlo al di là di eccessive formalizzazioni dell'ordinamento. Accanto al potere di rivendica e di disposizione tipici del *dominus* v'è l'emergere della *fruitio*, cioè del potere di godimento, a un rango a cui, per esempio, l'esperienza classica non l'aveva elevata (18). Secondo la puntualizzazione di Baldo, *l'usus rei* assurge autonomamente, per una sua propria intrinseca forza, a elemento individuante del *dominium*.

Si ponga attenzione all'argomentare logico dell'interprete: in virtù della *fruitio* e del fatto che la donna percepisce la *utilitas dominii*, il dominio non è interamente assorbito in quello del marito, ma resta qualcosa; che è ciò che anche Baldo chiama *dominium fruitionis*.

---

dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est».

Accenna a questa costituzione nel contesto della tecnica legislativa e dell'impostazione generale di Giustiniano, G.G. ARCHI, *La valutazione critica del Corpus juris. Considerazioni di un romanista su problemi di diritto bizantino*, in *«Atti» dell'VIII Congresso di studi bizantini*, Roma 1953, II, p. 286.

(17) BALDO, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis 1577, *ad. l. In rebus, C. de jure dotium* (C. 5, 12, 30), n. 5. Si veda anche la *Lectura antiqua*, riportata poco sotto, al n. 5.

(18) G.G. ARCHI, *Il concetto di proprietà nei diritti del mondo antico*, in *Revue int. des droits de l'antiquité*, 1959, VI, p. 239.

Ma ancora: il giureconsulto è consapevole che la sua conclusione è fondata *in interiore homine*, nella coscienza cioè d'un autentico uomo del Trecento ma che non ha riscontri positivi, e si preoccupa di ulteriormente fondarla, dispiegandoci ancor più certe convinzioni e certe scelte. Noi — continua infatti Baldo sviluppando un accenno della *Glossa* (19) — non possiamo ritenere accettabile una nozione rigorosa e formalistica di dominio per ragioni di indole storica: perché, secondo il primitivo diritto delle genti, il dominio si compendiava nell'*usus rei* e chi usava d'una cosa era ritenuto *dominus* di essa. Soltanto per ulteriori sviluppi ci siamo avvezzati a tener conto non solo dell'*usus* ma anche delle *causae* e ci si è abituati a concepire il fenomeno giuridico come una serie di costruzioni logiche e formali (20).

Lasciamo da parte quel ricorso al diritto delle genti che ci svela una fresca ingenuità tutta medievale e soffermiamoci invece sul nucleo centrale delle proposizioni baldesche. Affiora dalla soluzione d'una fattispecie modesta e particolare tutto un modo di concepire la costruzione giuridica (21) rispetto ai fatti economici e sociali, di

---

(19) È l'accenno fatto nella glo. *Naturali iure, ad l. In rebus, C. de jure dotium* (C. 5, 12, 30), in *Corpus iuris civilis*, glossato, Lugduni 1562.

(20) BALDO, *op. cit.*, n. 15: «Quoddam est ius naturale attento primaevo iuregentium, quo iure censebatur dominus ex usu, quia qua re utebatur, eius dominus censebatur, et hoc modo loquitur hic. Nam cum res dotales sint in usu mulieris... ergo habito hoc respectu mulier dicitur domina de iure naturali illius rudis saeculi. Est etiam quoddam iusgentium posterius subsequutum, quo iure non concernimus *usum* tantum, sed *causam*; et hoc iure dominia sunt distincta... et hoc iure dominium rei dotalis est mariti. Tu dic quod aut consideramus dominium essentialiter et proprie, et tunc est penes maritum, aut consideramus vestigia et reliquias dominii et tale dominium est penes mulierem... Sed contra hoc immediate opponitur; nam ex hoc sequitur quod duo sunt domini insolidum... sed hoc videtur impossibile quia applicatio dominii ad unum removet a dominio alterum... Breviter ego dico quod vir habet totale dominium proprietatis, sed mulier cum eo concurrit cum utili...». Certamente — aggiunge poi Baldo — la possibilità di un *concursus iurium in solido* «non habet locum in proprietate vel dominio eiusdem considerationis et speciei, sed sub diversa consideratione, puta sunt duo dominia quorum unum est sub altero, ut emphyteuticum sub proprio, ista bene possunt concurrere insolidum quia ibi nulla est incompassibilitas respectu finis cum unus habeat dominium directum suo fine constans, alter utile».

(21) Il termine e il concetto «costruzione giuridica» ebbero una particolare fortuna nella letteratura tedesca dell'Ottocento ricevendo nell'opera di Rudolf von Jhering un'ampia e approfondita meditazione; fu anzi grazie ai giuristi che il termine

ritenerla quasi un dato infrastrutturale rispetto ad essi. E l'*usus* che Baldo contrappone felicemente alle *causae* è il simbolo della rivincita della natura dei fatti a fronte delle coartanti costruzioni umane, d'un respiro e d'una dimensione nuovi che oggi, nel secolo decimo quarto, si vuol dare alla norma, liberandola, senza eccessivi rammarichi, di troppe incrostazioni.

Se v'è qualcosa destinato a perder vigore e valore è il tipo, questo cristallo della logica giuridica, questa invenzione d'una giurisprudenza colta e affinatissima nella quale il diritto mostra tutta la sua strumentalità; e con esso è tutto un rigore sistematico a sfaldarsi e a cedere: alla base del sistema non è più la lucida e articolata organizzazione d'un programma intellettuale o politico, ma l'incoerente, anche se incomparabilmente viva, dinamica dei fatti.

È in questa luce decisamente naturalistica che il *dominium* si spezza, si scompone e si moltiplica, che si fonda storicamente la meditata dottrina del dominio diviso. E i giuristi si domandano affannosamente quanti siano i tipi di dominio, e si risponde che il dominio è *triplex, quadruplex, multiplex*, che si ha un dominio diretto, un dominio utile, un quasi dominio (22); scavando e demo-

---

Konstruktion, ignoto alla lingua corrente fino al tardo Ottocento, entrò nel vocabolario tedesco usuale. Con variazioni più o meno nette a seconda delle diverse impostazioni teoretiche, termine e concetto furono poi ripresi dalla successiva letteratura soprattutto francese. Per un esame delle singole posizioni cfr. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino 1965. Contributi di singolare rilievo all'elaborazione del concetto, che pur non assume in essi un contenuto uniforme, restano le testimonianze di R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*[5], Leipzig 1894, II, parte I, pp. 357 ss.; di F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, III, *Elaboration technique du droit positif*[2], Paris 1925, pp. 175 ss.; di J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruxelles-Paris 1935, pp. 186 ss. Quando noi parliamo di costruzione giuridica intendiamo soprattutto porre l'attenzione sui procedimenti e gli strumenti mediante i quali si ottiene che da una generica realtà etica, politica, sociale, economica si formino, quasi come dei cristalli da una indistinta soluzione liquida, dei dati che possono qualificarsi giuridici; sull'itinerario mediante il quale si attua insomma il passaggio dal pregiuridico al giuridico, sul vaglio per il quale il non-diritto diviene diritto. È questo un angolo visuale prezioso non soltanto per lo studio dei rapporti fra diritto, politica ed economia in una certa esperienza storica, ma soprattutto per cogliere puntualmente quel sottofondo ideologico che è alla base dell'ordine giuridico, di ogni ordine giuridico, e che solo può spiegare e giustificare determinate scelte sul piano tecnico e formale.

(22) Potrebbero citarsi numerosissime testimonianze. Si vedano, quali testi parti-

lendo ancor più all'interno, al suo dubbio «utrum dominium utile sit unicum vel plura» l'interprete di diritto comune trova deciso un'ulteriore risposta fermissima: «plura» (23).

E non può essere che così: l'emersione sul piano normativo di una serie di fatti, primo fra tutti il godimento, la rivalutazione della capacità individuante di quei fatti portano ad uno svuotamento della proprietà in quanto rapporto giuridico di appartenenza (24), portano al suo soffocamento da parte di un cumulo di situazioni da quella originate ed ora a quella concorrenti (25).

3. Ma la costruzione su cui conviene insistere e che è, in fondo, la più vistosa architettura degli interpreti medievali, è la teorica del

---

colarmente indicativi, oltre a quello di Baldo segnalato più sopra, BARTOLO, *In secundam ff. Veteris partem*, Venetiis 1585, *ad l. Minor §. Si servus, ff. de evictionibus*, n. 4: «Debetis scire quod tria sunt dominia, directum et utile et quasi dominium quod competit ei qui habet publicianam»; PIETRO D'AURILLAC, *Practica...*, Lugduni 1535, rubr. II.

(23) BARTOLO, *In primam ff. Novi partem*, Venetiis 1585, *ad l. Si quis vi §. Differentia, ff. de acquirenda possessione*, n. 6. Vi è in Bartolo una coscienza lucidissima delle nuove strutturazioni medievali del *dominium*, o meglio dei *dominia*, e metterebbe conto di dedicarvi un po' d'attenzione. L'articolo di H. COING, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, in *ZS-RA*, 1953, LXX, pp. 348 ss. è infatti in altra direzione: si occupa e si preoccupa cioè della proprietà come diritto soggettivo, ed è sostanzialmente un contributo alla storia del concetto di diritto soggettivo.

(24) Su questo concetto di appartenenza, cfr. per tutti D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano 1952, pp. 22 ss.; ID., *Sistema del diritto privato italiano* [6], Torino 1965, I, pp. 708 ss. Risolvere il problema dei diritti reali attraverso lo schema della situazione di appartenenza significa risolverlo in nome e per conto del soggetto, significa risolverlo guardando esclusivamente al soggetto e negando all'elemento oggettivo del binomio individuo-cosa una sua dinamica autonoma, una sua forza condizionante, negando cioè a quell'elemento la possibilità di assurgere a valore di quel binomio. Per questo non ci sembra di poter sottoscrivere la conclusione di chi qualifica la situazione di appartenenza come «partecipe contributo delle cose alla consistenza giuridica della individualità», giacché se v'è un'idea estranea a quella di appartenenza è proprio l'idea di partecipazione del mondo reale al mondo del soggetto. La frase ora citata e di F. ROMANO, *op. cit.*, p. 38.

(25) Il sistema fondiario medievale è veramente un elefantiaco stratificarsi di situazioni reali sulla situazione proprietà, quasi a cavar forza e valore a quella. Su questo cumulo di situazioni fa perno la dinamica della circolazione economica e dei rapporti sociali. Si vedano i quadri ben precisati che, sull'assetto fondiario dell'antico regime, offrono E. CHENON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, Paris 1926 e M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, Paris 1959.

dominio diviso che, dalla seconda metà del secolo dodicesimo, è conquista indiscussa della dottrina (26): il dominio come potere di disposizione e il dominio come potere di godimento possono, nel gioco vario della vicenda sociale, separarsi, restando ad ambedue la qualifica formale di dominio (27).

Abbiamo detto: potere di godimento; e che altro è infatti la sostanza del dominio utile se non una «commoditas et utilitas» (28), se non un «habere et frui» (29) sia pure particolarmente intensi ed altamente qualificati? Quando, nel linguaggio un po' grossolano degli usi dei feudi, si definisce *ususfructus* la situazione del feudatario (30), non è forse la dottrina ad avvertire concordemente che fu

---

(26) Ancora oggi, a sessanta anni dalla sua pubblicazione, pur discutibile nell'impostazione di fondo del problema storico, un passo obbligato per chi voglia studiare il tema del dominio diviso resta il saggio intelligente di E. MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique*, in *Mélanges Fitting*, Montpellier 1908, II. Di scarsissimo interesse, sul punto, le trattazioni pandettistiche (cfr. per tutti D.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg 1851, I, parte II, p. 637, che è l'autore che vi dedica maggiore attenzione). Potrà essere invece utile dare uno sguardo a A.F. J. THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des römischen Rechts*, Jena 1817, II, parte III, pp. 77 ss. e a LAUTZ, *Entwicklungsgeschichte des dominium utile*, Göttingen 1916.

(27) Nella letteratura civilistica un'analisi problematica ed estremamente stimolante, sia pure sotto particolare angolatura, è quella condotta da SALV. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, V, § 4.

(28) Si veda, a mero titolo d'esempio, GIOVANNI BLANCHE, *Epitome feudorum*, lib. I, cap. I, n. 2, in *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, T. X, P. I, Venetiis 1584; GIOVANNI FERRARI MONTANI, *Collectanea in usus feudorum*, cap. V, in *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, T. X, P. II, Venetiis 1584. Le testimonianze dei feudisti sono tra le più puntuali, per essere il loro discorso rivolto a un istituto, il feudo, che rappresenta una tipica, forse la più tipica, situazione di dominio diviso, e per essere questo stesso loro discorso maggiormente spoglio di condizionamenti romanistici.

(29) MARTINO SILLIMANI, .. *Tractatus super usibus feudorum*, in *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, T. I, P. I, Venetiis 1584, in rubr. Quid sit feudum («Feudum est concessio rei facta alicui cum translatione utilis dominii ad habendum et fruendum»); [PSEUDO] PIERRE DE BELLEPERCHE, *Tractatus de feudis*, in *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, T. X, P. II, Venetiis 1584, tit. I, n. 1 («Feudum est concessio rei facta alicui cum translatione utilis dominii ad habendum et fruendum»).

(30) Cfr. il cap. «Obertus de Orto» del tit. *In quibus causis feudum amittatur* (2, 23): «... huius autem generis species quaedam est beneficium illud, quod ex benevolentia ita datur alicui ut proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat,

una «rustica descriptio» per utile dominio ([31]), cioè un discorso atecnico che si limitava a registrare rozzamente le componenti di *uti* e di *frui* proprie del dominio utile e che, in virtù di quella rozzezza, svelava apertamente le sue pieghe più nascoste? Non è forse la stessa dottrina che eleva l'*usus rei*, nel suo aspetto di *facultas iure proprio*, a contenuto essenziale del *dominium* e a elemento individuante di questo? ([32]).

Ma una domanda incalza, e la sentiamo urgere avverso queste ultime affermazioni: questo potere di godimento su di un bene, che ha la qualifica formale di dominio, è tecnicamente dominio? In altre

---

ususfructus vero illius rei ita ad accipientem transeat ut ad eum haeredesque suos masculos sive foeminas (si de his nominatim dictum sit) in perpetuum pertineat».

([31]) La frase è di un tardo giureconsulto nonché uomo politico, Claudio di Seyssel (Aix-les-Bains 1450-Torino 1520): «(In diffinitione) ponitur ususfructus pro utili dominio... et sic patet quod ista fuit rustica descriptio, non elegans diffinitio» (CLAUDIO DI SEYSSEL, *Speculum feudorum*, Basileae 1566, p. 68). Le testimonianze dottrinali sono concordi nella valutazione della definizione contenuta nel cap. «Obertus de Orto». Così JACOPO DI REVIGNY, *Summa Feudorum*, a cura di C. PECORELLA, Milano 1959, in rubr. *Quid sit feudum*, precisa: «Usumfructum enim hic intelligo utile dominium respectu directi dominii»; così BALDO, *In feudorum usus commentaria*, Venetiis 1580, *Prooem.*, n. 23, afferma, specificando che la sua è un'affermazione *contra literam*, che il feudatario non è soltanto usufruttuario; così GIASON DEL MAINO, *Praeludia in opus feudorum*, in calce a *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis 1598, n. 18, insegna: «In dicta diffinitione feudi ususfructus ponitur pro utili dominio» e ZASIO, *In usus feudorum*, Lugduni 1548, *Qualiter feuda constituantur*, n. 35: «Nec obstat quod in diffinitione feudi dicitur 'ad utendum et fruendum' quasi vasallus usufructuarius sit, quia huiusmodi verba fruendi facultatem iure proprio non jure servitutis personalis important... Veritas... est vasallum feudo uti et frui tanquam utili dominio posse. Siquidem verba utendi et fruendi in principalis dispositionis consequentiam ponuntur, proprietatem significant». Interessanti anche gli insegnamenti di JACOPO DI BELVISO, *Lectura... summam Autenticorum consuetudinesque et usus feudorum elucidans*, Lugduni 1511, cap. «Obertus de Orto» e di JACOPO ALVAROTTI, *Lectura in usus*, Francofurti ad Moenum 1570, cap. «Obertus de Orto», per i quali la definizione del cap. «Obertus» viene, arbitrariamente ma significativamente, esplicitata nella seguente: «Feudum est concessio alicuius rei ad utendum et fruendum utile dominium».

([32]) È importante la testimonianza di Zasio riportata nella nota precedente, nella quale si parla appunto, riferendosi alla situazione di *usus* e di *fructus* del *dominus utilis*, di «facultas iure proprio». È testimonianza tarda, ma con notevoli concordanze precedenti. Si vedano infatti, a titolo d'esempio, GLOSSA, *ad l. Donationes in concubinam §. Species, ff. de donationibus, glo. Puellae* e BARTOLO, *In priman Infortiati partem*, Venetiis 1585, *ad. l. Donationes in concubinam §. Species, ff. de donationibus.*

parole, fino a che punto si spinge l'intelaiatura logica del giurista medievale che pure fonda il suo discorso su una iniziale spassionata osservazione della realtà economica? Una risposta non sarà facilmente isolabile dal coacervo delle fonti, dove, per intuibili motivi, la teorica del dominio utile è perennemente affiorante ma sempre accennata come di sfuggita (33).

Un'occasione, tuttavia, per costringere l'interprete a esplicare le proprie convinzioni ci è inizialmente offerta da una polemica estremamente singolare, tuttora non adeguatamente studiata, in tema di *longi temporis praescriptio* come strumento acquisitivo del dominio. Alla base della polemica, che nasce nelle fertili scuole di Bulgaro e di Martino, sta una sfavorevole valutazione verso lo strumento giuridico della prescrizione. Il mondo medievale infatti, nella sua apertura alla dimensione equitativa del fenomeno giuridico, avverte la *iniquitas* che sta sotto l'istituto, ne avverte la natura di strumento meramente odioso nella sua veste di invenzione dello *ius civile* per colpire la negligenza dei proprietari, ed ha ripugnanza a riconoscere che il *dominium*, invenzione dello *ius gentium*, trovi *sic et simpliciter* un modo d'acquisto nella *praescriptio* così come avviene per l'usucapione.

Da questo stato d'animo e in questo orientamento nasce la teorica di Bulgaro, secondo cui la *longi temporis praescriptio* non è modo d'acquisto del dominio, ma più semplicemente dell'*effectus dominii* (34).

Teorica singolare e degna attenzione, che a noi non interessa nel suo nucleo centrale; ci interessa soltanto perché, entro quell'ampio

---

(33) Per i motivi che saranno sviluppati più oltre e che trovano il loro denominatore comune nell'assenza di effettivi fondamenti romanistici al discorso degli interpreti medievali.

(34) Su questa teorica bulgariana, che dai giureconsulti posteriori ci viene sempre presentata come affermazione polemica verso Martino, e soprattutto sulla reale posizione di Martino riguardo alla prescrizione come strumento acquisitivo della proprietà, basti qui rinviare a E.M. MEIJERS, *Sommes, lectures et commentaires (1100 à 1250)*, ora in *Etudes d'histoire du droit*, Leyde 1959, III, p. 222-223 e a P. TORELLI, *Glosse preaccursiane alle istituzioni. Nota seconda: Glosse di Bulgaro*, ora in *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano 1959, pp. 122-124, dove si troveranno raccolte e brevemente commentate le varie testimonianze.

processo di maturazione che si compie con la *Glossa* accursiana ([35]), constatiamo che, quando si vuol togliere dal vago l'espressione di Bulgaro e fissarne i contorni e definirne il contenuto, si ricorrerà prontamente, senza una perplessità, senza un ripensamento, allo schema del *dominium utile*; si imposterà cioè una equazione di estremo rilievo e apparentemente sorprendente: «dominium utile sive effectus dominii» ([36]); si dirà cioè che il dominio utile è, né più né meno, l'effetto del dominio, e si avrà cura di avvertire che *utilis* è sinonimo di *efficax* ([37]).

([35]) Non v'è dubbio che, per tutta la seconda metà del secolo duodecimo e per la prima del tredicesimo, al martellante e sempre più approfondito lavorio esegetico della dottrina si accompagna una presa di coscienza sempre più netta del problema delle situazioni reali e delle possibili soluzioni, e un processo di sempre maggiore chiarificazione, che è facilmente seguibile nelle testimonianze che vanno all'incirca da Pillio ad Accursio. Ne è un segno l'incertezza concettuale che investe strumenti dogmatici di singolare interesse come il *quasi-dominium*: ad esempio, in Azone la qualifica di *quasi-dominium* data alla situazione dell'enfiteuta, del superficiario, del vettigalista denuncia un itinerario in atto (si veda AZONE, *Summa*, Venetiis 1610, in *III. librum Codicis*, rubr. 32, *De rei vendicatione*, n. 3), e nella stessa sistematica della *Glossa*, dove il concetto ha un suo ruolo più definito, è possibile cogliere qualche incertezza (si veda GLOSSA, *ad l. Cum postulassem, ff. de damno infecto §. Damni infecti, glo. Dominium*, con la significativa notazione tarda a margine).

([36]) Per questa equiparazione si vedano soprattutto i seguenti testi: GLOSSA, *ad Insti. De usucapionibus et longi temporis praescriptionibus* (2, 6, 1), §. *I, glo. Dominia rerum; ad l. Traditionibus, C. de pactis* (C. 2, 3, 20), *glo. Et usucapionibus; ad auth. Nisi tricennale, C. de bonis maternis* (C. 6, 60), *glo. Dominus; ad l. Minor §. Si servus, ff. de evictionibus* (D. 21, 2, 39, 1), *glo. Supererit*. Importante il commento di BARTOLO, *super Constitut. Qui sint rebelles*, in *Consilia, quaestiones et tractatus...*, Venetiis 1585, *verbum Rebellando*, n. 17, dove il giurista si domanda se il *rebellis* possa conservare il dominio sui beni: «Item quaero quid de dominio bonorum. Responde: illud, si est directum, est de iure gentium, ergo retinet, sed si haberet utile dominium, illud non retinet sub isto nomine, quoniam puto hoc a iure civile inductum, sed quia hoc idem sonat quod effectus dominii... ideo puto quod hoc retineat sicut directum, quia hic effectus dominii est de iure gentium... sed licet retineantur nec publica efficiantur, tamen occupanti concedunturo». Ma si vedano anche BALDO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis 1577, *ad l. Agri civitatium (additio), ff. Si ager vectigalis* (D. 6, 3, 1), n. 2: «Duplex est dominium, naturale et civile, et utile dominium potest dici civile dominium. Item effectus dominii potest dici civile dominium...» e FRANCESCO ACCOLTI (ARETINO), *Super I. et II. ff. novi*, Lugduni 1533, *ad l. Possessio, ff. de acquirenda possessione* (D. 41, 2, 1), n. 23: «Licet autem dominium utile sit potius effectus dominii quam dominium, venit tamen sub appellatione suorum vel rei suae».

([37]) Si veda GLOSSA, *ad l. Si cui acqua §. Denique, ff. de aqua pluvia arcenda* (D. 39,

Il discorso non è privo di oscurità, ma diviene immediatamente più chiaro se si cerca di esaminare un po' più da vicino, sulla scorta delle fonti dottrinali, questa sconcertante espressione: «effectus dominii». Non sarà difficile scoprire che, riferendovisi, i glossatori hanno inteso cogliere e fissare i tratti distintivi del dominio dal punto di vista dell'esercizio del potere, non già della titolarità formale; essi precisano infatti che *effectus dominii* è un cumulo di strumenti processuali (38) e più ancora che *effectus dominii* è la stessa *utilitas fundi* (39).

Il disegno risulta ora di gran lunga più chiaro. L'idea lanciata da Bulgaro, pur nella sua vaghezza, era felice ed era soprattutto congeniale all'atteggiamento mentale del giurista medievale schivo da formalismi; appena questi si ritrovò più tardi nel proprio strumentario lo schema dommatico del dominio utile uscito di fresco dalle abili mani di Pillio e di Giovanni (40), non poté che constatare la esemplare coincidenza fra quell'idea e quello strumento: ambedue parlavano infatti di esercizio del potere, dell'aspetto dinamico all'interno della proprietà, parlavano soprattutto di godimento: anche il dominio utile significava uno sguardo né distratto né superficiale alla struttura del fenomeno proprietà, un tentativo di analizzarne più minutamente il contenuto, di esaltarne il reale meccanismo interiore,

---

3, 1, 12), *glo. Quasi servitus*. L'identificazione «utile, id est efficax» è segnata nel Dizionario di Alberico da Rosate (cfr. ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium juris tam civilis quam canonici*, Venetiis 1573, v. *Utile*.

(38) Si veda, ad esempio, il testo puntualissimo della *Lectura Institutionum* edita da Giovanni Battista Palmieri in calce alla *Summa pseudoirneriana* e che un'autorevole opinione tende ad attribuire a un assistente di Martino (cfr. E. M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 216): «Martinus hic dicit improprie poni 'acquiruntur' quantum ad praescriptionem. Nam acquisitio ea non est, sed propter usucapionem de qua simul dixerat, eo verbo utitur. Nec est hoc insolitum ut nomen alteri rei accomodetur affinitate alterius. Bulgarus non ita, quia tantum exceptione dicit acquiri praescriptione dominium, et exponit dominium, quasi effectum dominii, quia et eandem rem post tale spatium temporis peti utili rei vendicatione posse» (cfr. WERNERII *Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, cur. I.B. PALMERIO, in *Biblioteca Juridica Medii Aevi. Scripta anecdota Glossatorum*, Bononiae 1913, I, *in tit. De usucapionibus et longi temporis praescriptionibus*, p. 38, nota *e*).

(39) Cfr. GLOSSA, *ad l. Cuius effectus, ff. de regulis iuris* (D. 50, 17, 191).

(40) E. MEYNIAL, *op. cit.*, pp. 419 ss.

di costruire una forma giuridica coerente con la sua sostanza effettiva (41).

La sordità a posizioni formalistiche, anche se provoca una crisi dell'architettura giuridica, ha tuttavia il merito grande di consentire la riscoperta di dimensioni vitali del diritto, una delle quali è la dimensione dell'effettivo, sempre misurata alla stregua di primordiali archetipi economici e sociali. Né si erra affermando che le sezionature e gli accostamenti or ora segnalati costituiscono la rivincita dell'effettivo rispetto al formale.

Infatti, se l'equazione *dominium utile-effectus dominii* può ancora risultare oscura, ogni oscurità potrà dirsi fugata quando, di lì a poco, una dottrina ormai libera da pregiudizi romanistici proporrà un'altra equazione fra *dominium utile* e *dominium in effectu*; e sarà la voce altissima di Bartolo, di Baldo, di Francesco Aretino, di Alessandro Tartagni (42).

---

(41) È il caso di precisare che gli interpreti distinguono, all'interno della categoria del dominio utile, il *dominium utile* che si oppone a quello diretto e il *dominium utile* che riconosce e si subordina al diretto, il primo che si origina dalla prescrizione acquisitiva, il secondo da concessioni in godimento di un bene come nell'enfiteusi, nella superficie, nel contratto feudale, e via dicendo. È distinzione comune nei seguenti precisi termini, lucidamente esposti da BARTOLO, *In primam ff. Novi partem*, cit., *ad l. Si quis vi* §. *Differentia, ff. de acquirenda possessione*, n. 6, cit.: «Quaero utrum dominium sit unicum vel plura? Respondeo: plura. Unum quod opponitur et contradicit vero dominio et est illud quod quaeritur ex praescriptione... Aliud quod verum directum dominium recognoscit et est illud quod competit emphyteutae et superficiario et similibus». Si potrebbe domandare allora se sia lecito parlare, come si fa da parte nostra, genericamente e indistintamente, di dominio utile con riferimento alle due ipotesi prospettate, o se sarebbe stato opportuno e anzi doveroso separare le ipotesi stesse come strutturalmente diverse. Si potrebbe rispondere che, nella coscienza degli interpreti, simili distinzioni sono proposte come interne, assolutamente interne alla situazione reale che risponde al termine e all'assetto sostanziale del dominio utile; che, in secondo luogo, pur apparentemente diversi, il *dominium utile ex praescriptione* e il *dominium utile* da concessione in godimento di un bene assurgono allo stesso significato economico-sociale: di esprimere cioè un tipo di proprietà vista e individuata dall'angolo visuale dell'esercizio del diritto. Una verifica di questa conclusione ci viene offerta dal fatto che tutto il discorso imperniato sull'equiparazione *dominium utile-effectus dominii*, se pur sorto per qualificare il *dominium* che *contradicit directo*, viene esteso a ogni specie di dominio utile.

(42) Un testo importante è questo di BARTOLO, *op. ult. cit.*, n. 5: «Item probo per l. I. in fine, supra, de aqua pluvia arcenda, ubi per usucapionem acquiritur utilis servitus, eadem ratione sicut ponimus servitutem directam et utilem, eadem ratione dominium

4. È ora palese il motivo dell'enorme interesse degli interpreti verso la teorica del dominio diviso: perché essa era la teorica grazie alla quale una *iurisprudentia* edificava, pur su basi romane e con una educazione di fondo romanistica, un *dominium in effectu*, qualificava dominio una semplice situazione di effettività della realtà economica quale poteva essere quella dell'enfiteuta, del superficiario, del feudatario, del locatario a lungo termine, e via dicendo. Il che è un risultato di cui non possiamo nasconderci l'importanza.

Come abbiamo più sopra affermato, non è *dominium* il rapporto di appartenenza fra un soggetto e un bene, espressione d'una volontà tipica dell'ordinamento, recante in sé un valore squisita-

---

directum et utile. Et idem videmus in petitione haereditatis quae est in rem... Sed video quod ius haereditarium dividitur in directum et utile, ut supra, Quod cum eo, l. Si filius, §. I, ubi dicitur in effectu haeres est, quod tantum est quantum utile, ut in Gl. in auth. Nisi, C. de bonis maternis. Pro hoc, infra, de except. rei iudic., l. Si mater §. eundem, in fine. Facit l. I, in fine supra, Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur, l. I, in princ., infra, de superficiebus...». Si ha qui una verifica di quanto da noi affermato nella nota precedente sulla sostanziale unitarietà della nozione di dominio utile; i testi romani indicati da Bartolo riguardano indifferentemente il *dominium utile ex praescriptione* (come la auth. *Nisi tricennale*) e quello da concessione in godimento (come i frammenti in tema di *ager vectigalis* e di *superficies*). Dal testo di Bartolo dipende intieramente la testimonianza, sempre incentrata almeno nel suo avvio formale sulle posizioni dell'erede e del fedecommissario, di ALESSANDRO TARTAGNI, *In I. et II. Digesti Novi partem commentaria...*, Venetiis 1570, *ad l. Si quis vi* §.*Differentia, ff. de acquirenda possessione*, nn. 7 ss.: «Praedicta confirmat Batolus, quia haereditas est in rem, sed petitio haereditatis est in rem scripta... et idem est haeres quam dominus... sed videmus quod haeres dicitur quandoque directo, quandoque utiliter, l. Si filius §. I Quod cum eo. Ibi quodammodo effectu est haeres, et fideicommissarius cui restituta est haereditas si effectu haeres est idest utiliter est haeres, quia esse dominum in effectu et utiliter idem est...» È poi di estremo rilievo la conclusione che pone uno dei più vivi ingegni del Quattrocento italiano, Francesco Accolti, valutando una locazione a lungo termine con patto di riserva del dominio utile: «Licet ex proprietate verborum videatur reservata acquisitio dominii, quod tamen cum effectu transfertur usus et commoditas ad longum tempus, satis videtur transferri dominium» (FRANCESCO ACCOLTI (ARETINO), *op. cit., ad l. Si quis ante, ff. de acquirenda possessione*, n. 1). Di BALDO si veda, in particolare, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, cit., *in tit. de jure emphyteutico*, n. 8; di GIASON DEL MAINO, *Consiliorum sive responsorum volumina*, Venetiis 1581, I, cons. XXIX, n. 2. Per una valutazione più approfondita di queste ultime testimonianze, rinviamo all'esame fatto in una nostra precedente ricerca: cfr. P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli 1963, pp. 170-171.

mente etico-politico; in questa esperienza, il fenomeno *dominium* è disancorato da ogni esigenza di tipicità, è fluttuante nella qualità e nella quantità rappresentando semplicemente una certa coagulazione sul piano formale di determinate situazioni effettive; diremmo di più: rappresentando la necessaria, cioè non eludibile registrazione e recezione all'interno dell'ordinamento di quelle situazioni.

Da un punto di vista della costruzione giuridica, un simile risultato significa l'instaurarsi di un procedimento elaborativo e interpretativo degli istituti tendente a valorizzare l'elemento pregiuridico e a farne una forza condizionante; significa che gli istituti giuridici sono concepiti come dati infrastrutturali. Ma significa anche, se non andiamo errati, rottura con la tradizione romana almeno come la compilazione giustinianea porgeva all'attenzione dei medievali (43).

Di questo sono perfettamente consapevoli gli interpreti che, teoricamente ossequienti ma sostanzialmente violatori coscienti delle fonti romane, si rendono conto per primi di iniziare e portare a termine un discorso almeno *extra legem*, come si accorgeranno bene i giureconsulti transalpini che rivolgeranno a glossatori e commentatori il rimprovero di avere creato dal nulla la categoria del dominio utile, in nessun luogo del *Corpus Digestorum* menzionata (44). Constatazione esattissima, sol che si aveva il torto di non aggiungere un'ulteriore considerazione: che il dominio utile si fondava nelle cose, nei tempi, nelle coscienze dell'età medievale.

Infatti, nell'affannosa ricerca di quanto, nel tessuto del *Corpus*

---

(43) Con tutta la sua impostazione «classicistica» abbastanza precisa nel ripudio di certe scelte dell'esperienza volgare. Su queste scelte nel campo dei diritti reali e sul loro contenuto innovativo, cfr. da ultimo M. BRETONE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, in *Labeo*, 1965, XI.

(44) Ampia, icastica, documentatissima è la polemica che, quasi raccogliendo il senso delle precedenti polemiche, sferra contro la costruzione bartolistica, ai primi del Cinquecento, il giureconsulto francese JEAN FEU (JOANNES IGNEUS), *Repetitio in l. Contractus, ff. de regulis iuris*, in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen sextum*, Lugduni 1553, n. 138: «(Bartolus) loquitur sine lege et ratione nec aliquo fundamento legis innittitur. Diligenter volui leges allegatas per eum et novissimos videre, sed numquam in corpore digestorum inveni aliquam legem distinguentem dominium, nec dicentem aliquid esse utile dominium, unde cum non sit lex quae hoc dicat, non curo multum de dictis suis, quod dicta doctorum debent intelligi secundum leges quas allegant».

iuris, poteva essere utilizzabile alla fondazione del patrimonio di pensiero e di prassi che gli interpreti tenevano *in interiore homine* o vivevano nella quotidiana realtà delle curie, dei mercati, degli studi, li vediamo aggrapparsi disperatamente a una costituzione del Codice dove, nel linguaggio malcerto della cancelleria imperiale, si definiscono *domini* gli enfiteuti (45), scarsa e scarna fonte, sparuta come collocazione e minima come contenuto, ma bastevole a costituire il cordone ombelicale con tutto un edificio diverso, diremmo quasi il filo di seta destinato a sorreggere il peso di tutto quell'enorme edificio (46). Perciò si parla spesso di dominio utile ma con un discorso breve, incidentale, che non si esplica mai appieno e che rivela il suo itinerario essenziale, al di là delle giustificazioni formali (47), soltanto guardandovi indirettamente e da particolari angolature, così come noi abbiamo tentato di fare.

Resta però ancora da rispondere alla domanda che ritenevamo urgente più sopra e che ora, dopo gli accenni all'*effectus dominii* e al *dominium in effectu*, sembra più urgente che mai: il *dominium utile* è tecnicamente un *dominium?* Potremmo rispondere di sì, e le fonti ci danno testimonianze in tal senso qualificandolo *verum dominium*, facendovi discendere precise conseguenze pratiche, ad esempio in ordine all'invenzione d'un tesoro o all'acquisto dei frutti (48). Ma è

---

(45) È la *l. Possessores* del tit. *De fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus* (C. 11, 62, 12), una costituzione di Teodosio e Valentiniano, del 434 d.C., nella quale, a proposito degli enfiteuti, si afferma: «... cum fundorum sunt domini».

(46) Un testo invece squisitamente medievale e che assurgerà a fondamento delle argomentazioni degli interpreti è, nei *Libri feudorum*, il cap. «Cum de re aliena» del tit. *De investitura de re aliena facta* (2, 8), dove si insegna: «Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vendicare». La qualificazione del vassallo «tanquam dominus» è per gli interpreti testimonianza preziosa e che sarà ampiamente sfruttata.

(47) Che fan tutte perno sul presupposto dell'esistenza di *actiones utiles*, e sul trapasso logico dell'*actio* all'*ius*, risolvendosi spesso in tipiche petizioni di principio, come in questo esempio di ALESSANDRO TARTAGNI, *op. cit.*, nn. 7 ss.: «Videmus quem habere utilem actionem in rem, ergo utile dominium, quia illi datur rei vendicatio quia habet dominium».

(48) Così si riconoscerà al *dominus utilis* e non al *dominus directus* la facoltà di rivendicare e far suo il tesoro (e — si badi — non solo al *dominus utilis ex praescriptione* ma anche al feudatario, all'enfiteuta, al superficiario, e via dicendo); e si sancirà che il

veramente un problema di fondo il nostro, o, dopo quanto abbiamo detto, è solo apparentemente un problema, o addirittura un problema mal posto?

Si abbia la pazienza di leggere sparsamente tra le fonti. Ecco una nota di Accursio: «Non dicit hic quod etiam utile habeat dominium, sed satis potesti dici» ([49]). Ecco il discorso libero d'un giureconsulto aperto come Andrea d'Isernia: «Qui habet effectum dominii, habet dominium» ([50]). Ecco la conclusione d'un osservatore acutissimo

---

dominus utilis acquista i frutti naturali per separazione e non già per percezione, come l'usufruttuario, o per tradizione, come il locatario.

([49]) GLOSSA, *ad l. Agri civitatum, ff. si ager vectigalis, glo. In rem.*

([50]) ANDREA D'ISERNIA, *In usus feudorum commentaria...*, Neapoli 1571, *De capit. Corradi*, n. 10. Qui, ponendosi il problema delle infeudazioni del feudatario e del trasferimento della situazione reale in capo a questo secondo concessionario, Andrea precisa: «Dicunt quidam quod quaesitum sibi utile non transfert dando in feudum, sed effectum quendam utilis dominii, scilicet quod in rem actionem intentet secundus feudatarius; primus retinet sibi utile et transfert exercitium utilis dominii et utiles actiones ut actionem utilem intentet, sicut ille qui mandat iurisdictionem, quia retinet sibi et exercitium iurisdictionis transfert in feudatarium... Et sic non obstat quod dominium non est apud duos insolidum... hic enim habet unus utile, alius exercitium utilis. Non dicas effectum talis dominii, quia qui habet effectum dominii, habet dominium». Più sotto il giureconsulto concluderà che han ragione i moderni a insegnare che il primo feudatario trasferisce al secondo il suo dominio utile, ma non è la conclusione che ci interessa; è innanzi tutto da sottolineare l'impostazione estremamente consapevole, imperniata com'è sulla dialettica fra titolarità ed esercizio; in secondo luogo — ed è ciò che più ci preme — la visione aformalistica degli istituti giuridici che al giurista meridionale, romanista e feudista, proveniva in modo particolare dalla sua educazione feudistica, dalla sua abitudine a istituti nati dalla pratica e immersi nella pratica, fondati soprattutto sull'uso e non ancora sottoposti, e per la loro relativa novità e per la loro relativa suscettibilità, a una forte speculazione dogmatica. Si può anzi affermare che il diritto feudale, che aveva ottenuto faticosamente, al tempo di Ugolino de' Presbiteri, la sua inserzione nel *Corpus juris*, trova soltanto nel colmo del Trecento, con Jacopo di Belviso, Baldo e, in modo peculiare, Andrea, una prima robusta sistemazione sul piano teoretico. È da questo atteggiamento mentale dell'Iserniense che discendono certe conclusioni che, a una valutazione affrettata, potrebbero far di lui un oppositore della teorica del dominio diviso. Dice in un altro passo (e non è il solo) del suo apparato agli *usus*: «Hic patet quod (vasallus) est dominus utiliter... Hosti (ensis) dicit... utile dominium esse sicut chimeram. Ego aliud nollem nisi utilitatem dominii: honorem et nomen, quod est dominus, non multum curarem, quia flos et fructus erunt; hic nitet, ille sapit» (*op. cit., De investitura de re aliena facta*, n. 3). Varie volte Andrea cita in modo adesivo la testimonianza dell'Ostiense che riferisce la convinzione del proprio maestro Jacopo Baldovini: essere il dominio utile una chimera. Su questa

quale Francesco Aretino: «Quod tamen cum effectu transfertur usus et commoditas ad longum tempus, satis videtur transferri dominium» (51).

Si sorprende in queste affermazioni una indifferenza assoluta per il problema prospettato, proprio perché ciò che storicamente conta non è tanto un problema di identità o simiglianza con il dominio diretto, vaso sonoro ma vuoto nel campo delle strutture giuridiche, quanto la geminazione dal ceppo del dominio di molteplici assetti economicamente e socialmente qualificati, dinamici e rilevanti. L'importante è che la geminazione avvenga all'interno del dominio come incrinatura di esso e nella consapevolezza di creare forme e istituti concorrenti cui si dà il nome di *dominium*; e che si riconoscono *dominium* sia pure «sub diversa consideratione» e «sub diverso respectu»; l'importante è che l'attenzione dell'ordinamento sia per queste forme, per questo distacco, per questa rottura d'una unità concettuale.

Alla domanda se il dominio utile sia dominio, si potrà dare una risposta solo apparentemente elusiva e insoddisfacente, e invece

---

qualificazione è bene qui spendere qualche parola di precisazione. La qualificazione è stata infatti quasi sempre fraintesa nel suo significato sostanziale; la si è interpretata come una presa di posizione assolutamente contraria al dominio diviso e si è in tal modo svisato il senso d'una simile qualificazione. Non v'è dubbio che, nel pensiero dell'Ostiense e di coloro che in questa convinzione lo precedettero e lo seguirono, il dominio utile è chimera perché, pertinendo più alla *res* che al soggetto, è fluttuante in relazione all'attività che ha per oggetto la *res*; può addirittura non sorgere se il *dominus* non compie quegli atti di concessione in godimento che sono la sua classica fonte, e, ove sia sorto, è condizionato alla scadenza contrattuale, alla revoca della concessione, alla morte del concessionario, è insomma una situazione reale per sua natura instabile e che, comparata con la nozione tradizionale di proprietà, può ben essere definita chimera. A parte queste considerazioni, l'importante è per noi cogliere nelle conclusioni del giurista molisano un'assoluta indifferenza per i problemi di forma, cioè di forma giuridica. Ciò che gli preme non è il dominio utile del feudatario, ma l'*utilitas dominii* per il feudatario in una visione tutta economica degli istituti giuridici. L'*utilitas dominii* è il frutto che ha sapore — per far nostro il riferimento dello stesso Andrea —; il dominio utile è il fiore appariscente, è soltanto onore e nome, dei quali il giurista non si cura come di cose vuote d'un loro contenuto economico. Il dominio è negli effetti, e chi gode di questi effetti è sostanzialmente il *dominus*. Il riferimento fatto da Andrea è palesemente letterario, come segnala anche il tardo editore ed annotatore del formalmente mendosissimo testo dell'apparato agli usi.

(51) FRANCESCO ACCOLTI (ARETINO), *op. ult. cit.*

legittima e pertinente: che cioè il dominio utile assume il significato di rottura d'una unità concettuale e che la dottrina medievale ne è soddisfatta; che si tratta d'una situazione d'effettività con un ruolo propulsivo all'interno dell'ordinamento. Il resto non c'interessa. E non c'interessa proprio perché il problema proposto risulta estraneo e irrilevante a chi ponga alla base della costruzione giuridica lo stesso principio dei dottori medievali; che è poi un principio unico ma determinante: la normatività del fatto.

Il fatto cioè diviene diritto non già per una appropriazione dello Stato, che muta quel mero fatto rudimentale e limitato in valore, quanto per un suo divenire effettivo, ossia per un processo spontaneo ed autonomo.

Ogni situazione si misura sul piano dell'effettività, e solo su quel piano saranno pensabili qualificazioni e tutele da parte dell'ordinamento, mentre il sistema che ne deriva si pone necessariamente aperto e disponibile per nuove immissioni, per modificazioni.

Son queste delle conclusioni che inducono a pensare; potrebbero forse anche portarci a una valutazione negativa della dottrina di diritto comune su questo punto, riuscendo legittima la riduzione di tutto il suo atteggiamento a una eccessiva disinvoltura o addirittura a una notevole carenza di rigore logico.

Ma sarebbe una valutazione affrettata e superficiale. La visione effettualistica del sistema delle situazioni reali è invece un autentico atto di coraggio da parte dei dottori, che ha, nel profondo, un significato e una portata rivoluzionari; è cioè la traduzione nel campo dei rapporti tra soggetti e cose di una impostazione antivolontaristica dell'ordinamento in genere, di una riscoperta del reale come valore autonomo, di una affrancazione del reale dalla tirannia del soggetto.

È questo, a nostro avviso, il filo conduttore delle voci in favore dell'effettività, il senso del richiamo continuo all'effettività. È il segno che l'attenzione dell'interprete ha lasciato ormai il volto degli uomini per incentrarsi tutta sul volto delle cose.

5. Nel 1935, in un saggio lucidissimo e coraggioso rispetto al momento in cui veniva elaborato, Enrico Finzi poteva ammonire che una visione obiettiva della realtà sociale avrebbe portato

a riscoprire dalla polvere dei vecchi volumi la dottrina del dominio diviso (52).

Soppesiamo infatti idealmente le espressioni di cui abbiamo sinora discorso: *effectus dominii, dominium in effectu.* Non avremo molte difficoltà ad accorgerci che nascono da una visione obiettiva e oggettivista dei beni e degli strumenti di utilizzazione e disposizione dei beni, che esse non sono costruite quali proiezioni d'un soggetto operante, ma ne prescindono.

Emergono insomma da un mondo di cose e dalla sua dinamica naturale, entro il quale il soggetto si inserirà soltanto in un momento successivo quale elemento necessario di un assetto organizzativo e si inserirà non già come fine ma come strumento in una realtà composita di strumenti (53).

Svolgiamo di fronte a noi la fattispecie classica di dominio diviso, quella che si incardina nello schema essenziale della concessione di un fondo in godimento da parte del proprietario. Il mutamento nella posizione del concessionario — enfiteuta, precarista, livellario, locatario a lungo termine — da personale in reale è omaggio a circostanze obiettive che possono generalmente restringersi a due energie, il lavoro e l'utilità del fondo, sempre qualificate da un notevole decorso nel tempo (54).

---

(52) E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del I Congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze 1936, p. 167. La relazione del Finzi può ben essere definita coraggiosa se si pensa al momento, al clima, all'occasione in cui fu pronunciata; e se ne ha la riprova leggendo, negli stessi «Atti» (cit., p. 260), la ferma replica di Fulvio Maroi che rimproverava al Finzi di esser giunto a conclusioni che inevitabilmente portavano «all'attenuazione della proprietà privata che è un aspetto della personalità umana, come fu detto dal Duce».

(53) Si ha, in altre parole, una visione della dinamica sociale che potrebbe ricordare al giurista moderno quel *processus de depersonnalisation* su cui si diffonde acutamente una singolare dottrina francese dell'ultimo dopoguerra, che, sorta dall'analisi generale della nuova struttura dell'impresa (cfr. J. PORTEMER, *Du contrat à l'institution*, in *Juris-classeur périodique. La semaine juridique*, 1947, n. 586; R. SAVATTIER, *La notion juridique d'entreprise*, in *Travaux de l'Association Henry Capitant*, Paris 1947, III, p. 217 e G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris 1955, n. 115), ha avuto interessanti applicazioni al campo del diritto agrario (cfr. per tutti M. DE JUGLART, *Les aspects juridiques de l'entreprise en droit français*, in *Riv. dir. agrario*, 1956, XXXV, pp. 149 ss.).

(54) Su queste energie e soprattutto sui possibili fraintendimenti intorno alla nozione di lavoro, cfr. P. GROSSI, *Problematica strutturale dei contratti agrari nell'esperienza giuridica dell'alto medioevo italiano*, in «Riv. dir. civ.», 1966, XII, pp. 283 ss.

Dominium utile, in una cultura giuridica che faccia della proprietà privata un presupposto indiscutibile, è la conquista estrema d'una *interpretatio* e, diremmo quasi, le colonne d'Ercole oltre le quali si calerebbe in un discorso suicida; è la concessione maggiore che, in quella cultura, si possa insomma fare al «reale» rispetto al «soggettivo».

Le coscienze medievali più affinate lo percepiscono con precisione; è in questa certezza che Baldo lo definisce «quaedam qualitas dominii in esse» sottolineando la sua presenza ontologica nel reale (55); che Paolo di Castro lo qualifica, con una espressione impropria ma icastica ed efficacissima, «quaedam servitus rei» (56); che Luca da Penne, uno degli ingegni più aperti del Trecento, segna l'annotazione preziosa: «ut sic accedat rei potius quam personae» (57), come per ripeterci che il dominio utile pertiene più all'oggetto che al subbietto, è più uno statuto della cosa (58) che un diritto soggettivo.

---

(55) BALDO, *In feudorum usus commentaria*, cit., *Proem.*, n. 24: «Quidam tamen dicunt quod utile dominium est chymera, dicentes quod utile dominium non est aliud quam ipsa utilitas sine proprietate consistens, nec est quid distinctum ab usufructu perpetuo et transmissibili. Sed isti nesciunt quid dicant, quia proprietas est dominium superius, cuius inventio est de juregentium. Utile vero dominium est dominium inferius, quod subalternatur directo, ut in feudo vel emphyteusi, vel quod contrariatur, ut in dominio praescripto, quia praescriptiones sunt de jure positivo, et dominia sunt de jure gentium, ideo per praescriptionem longi temporis vel longissimi dominium directum non usurpatur, sed quaedam qualitas dominii in esse producitur, quae appellatur utile dominium».

(56) PAOLO DI CASTRO, *In Digestum Vetus*, Lugduni 1548, *ad l. Ex hoc jure, ff. de justitia et jure*, n. 9.

(57) LUCA DA PENNE, *In tres posteriores libros Codicis Justiniani*, Lugduni 1582, *ad. l. praedia, C. de locatione praediorum civilium vel fiscalium* (lib. XI), n. 51: «Utile vero dominium est tanquam chymera secundum Inno (centium) et Hosti (ensem), in Summa, de feudis, quod directo facillime reconsolidatur et reintegratur tanquam pars suo toto sine ullo privilegio regiae dignitatis, ut sic accedat rei potius quam personae».

(58) Diciamo qui statuto nel senso usato dalla legislazione e dottrina francesi dell'ultimo dopoguerra, quando parlano di «statut du fermage» (Ordonn. 17 ottobre 1945, ora in *Code rural*, VI, tit. I, artt. 790 ss.), precisando che «le droit statutaire s'oppose au droit contractuel» (G. RIPERT, *Le statut du fermage. Du droit contractuel au droit de l'entreprise*, in *Recueil Dalloz*, 1946, I-II, p. 1). Si vedano, su questa svolta interessante del pensiero giuridico francese contemporaneo, su cui gioca un complesso di componenti politiche e speculative, le pagine lucide e chiarificatrici di N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)*, in *Riv. dir. agrario*, 1961, XL, p. 320.

Non si esagerano le conclusioni se si dice che, rispetto alle sue fonti normative, la dottrina di diritto comune opera un vero capovolgimento nella gerarchia dei valori consentendo l'emersione d'un valore che quelle fonti non consideravano oltre la funzione materiale di sottofondo: chiamiamolo il reale, l'obiettivo, la cosa, il fatto, con termini che, ai nostri fini, suonano tutti sinonimi.

Rivolta speculativa di grosso rilievo, che fa sorgere in noi un elementare problema storico: da dove proviene ai nostri dottori, che formalmente sono dei romanisti, una così formidabile forza di rottura? Dovremmo dire: dalla loro coscienza medievale, dalla loro scelta fermissima per i valori dell'esperienza nel dissidio che li tormentava fra tradizione ed esperienza, tra norma scritta ed esperienza.

Il crollo dello Stato romano fu l'inizio della civiltà medievale, perché fu il crollo di un programma giuridico rigidissimo; perché fu il crollo dell'organizzazione al servizio di quel programma; perché fu il crollo d'una cultura votata al fondamento speculativo di quel programma. In quel momento, nel secolo quarto dopo Cristo, fu una ventata d'aria fresca e fu il risveglio di elementi che sembravan sopiti (59). Senza una guida accentratrice la società dovette assestarsi su nuove basi con una riduzione al minimo delle proprie strutture formali (60), con una sfiducia profonda nel soggetto singolo come costruttore della realtà sociale. D'improvviso il soggetto si sentì e fu sguarnito delle molte difese che l'ordinamento aveva eretto in sua tutela, e forze ad esso contrarie o almeno da esso diverse si sbrigliarono, presero il sopravvento, ebbero una loro parola da dire.

Nel costante gioco di prevalenza fra soggetto e cose, il moto pendolare della vicenda storica si spostò a favore delle cose e sarebbero state queste d'ora innanzi le grandi protagoniste dell'ordinamento nuovo e che un volto nuovo gli avrebbero dato.

---

(59) È agevole rendersi conto dei profondi sommovimenti nei diversi settori dell'esperienza giuridica tenendo presenti le ampie sintesi di E. LEVY, *West roman vulgar law. The law of property,* Philadelphia 1951 e *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956.

(60) Importanti notazioni a questo proposito, soprattutto in ordine ai diritti reali, son quelle di M. BRETONE, *art. cit.*

I fatti sarebbero entrati nel territorio del giuridico quasi senza vagli formali e l'elemento umano, cioè logico e culturale, li avrebbe subiti, quasi che, per ripetere (61) qui una similitudine che ci sembra illuminante, l'ordinamento del primo Medioevo si comportasse proprio come una lastra fotografica altamente impressionabile, capace di darci un'immagine della realtà esterna fedele ma formalmente sfocata.

Veramente, le erbe selvatiche che, in questo momento, riconquistano i campi coltivati, le strade consolari, le città di pietra dell'uomo sono il simbolo della riconquista da parte delle cose del territorio umano, primo fra tutti quello del diritto. E il soggetto abbandona le finzioni con cui aveva irreggimentato la natura e la subisce, riscoprendo in sé più d'una venatura primitiva (62). Partecipa senza riserve alla vita delle cose, e lascia che le cose partecipino della sua, ascoltando le istanze che provengono dal reale in tutta la loro incombenza (63).

---

(61) Cfr. P. GROSSI, *art. cit.*

(62) Già l'esperienza volgare, che è il primo assestamento dell'esperienza medievale, ne è dominata. Cfr. G. GROSSO, *Giurisprudenza più antica ed elaborazione postclassica. Coincidenze e ritorni*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini* (pubbl. della R. Università di Pavia), Milano 1964. A ragione anche M. KASER, *Das römische Privatrecht. 2.: Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1959, p. 18, parla, a proprosito dell'esperienza volgare, d'un «funktionbestimmter Naturalismus».

(63) Ci riferiamo, con tutta evidenza, allo schema sociologico della «partecipazione», cioè d'un legame mistico tra soggetto e cosa, come principio dominante d'una società primitiva. Su questo schema, inserendolo nell'assunto fondamentale che il momento primitivo è un momento prelogico, Lucien Levy-Bruhl ha scritto pagine vivissime per intelligenza e cultura, anche se discutibili e profondamente discusse dalla successiva dottrina sociologica (cfr., ad esempio, C. LÉVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, Paris 1962, p. 355). Il principio della partecipazione tuttavia, disincagliato dallo schema obbligato del prelogismo, inteso in un senso più ampio e meno unilaterale di come appare negli scritti di Levy-Bruhl, inteso cioè come permeazione fra i due mondi del soggetto e degli oggetti, come rilevanza estrema della sfera del reale, come problema fondamentale dell'assetto d'una società primitiva, resta, a nostro avviso, valido, e viene confermato, sia pure sotto diverso angolo visuale, dalla insistenza di cospicue correnti sociologiche, ad esempio di Marcel Mauss, su quella che si definisce la «personalità», la «virtù» la «forza» proprie delle cose (M. MAUSS, *Teoria generale della magia ed altri saggi*, trad. it. di F. ZANNINO, Torino 1965, pp. 227 ss.; le pagine cui ci riferiamo sono tolte da quella singolare avventura scientifica e, insieme, singolarissima testimonianza d'una ricerca sociologica culturalmente inserita che è il *Saggio sul dono*, saggio su cui più d'un

Il rapporto uomo-cose, che sino ad allora si era presentato come il monologo dell'uomo sulla cosa, diventa, per così dire, dialogo, e la cosa viene quasi animisticamente intesa parte di quel dialogo, legata al soggetto da un vincolo intenso di natura simbiotica (64).

Questo fu, nella sua sostanza, l'Alto Medioevo; né crisi, né acme di civiltà, non romano e non germanico, né momento di luce né di tenebra, ma un enorme sovvertimento nell'ordine dei valori d'una società, un'esperienza permeata di un genuino, vitale naturalismo. Tanto l'esperienza classica aveva tenuto a non consentire la contaminazione dell'ordinamento dalle forze grezze e primordiali della *rerum natura*, tanto essa aveva tessuto l'elogio dell'umano rispetto ai dati della realtà esterna, quanto l'Alto Medioevo fa di questi dati gli elementi condizionanti di ogni costruzione giuridica.

6. È dunque lo stillicidio di nove secoli di pratica altomedievale che pesa sugli interpreti di diritto comune, è il continuo martellio, giorno dopo giorno, di un'esperienza sicura nelle proprie scelte che si presuppone ai loro itinerari mentali; un'esperienza, per giunta, che essi per molti aspetti ancora vivono. Quello che abbiamo definito il loro naturalismo altro non è che l'affiorare alla loro coscienza di motivi altomedievali ed è ciò che consente la sorprendente rottura con la tradizione culturale.

In Baldo, singolarissima personalità speculativa, l'impostazione naturalistica data ai problemi dell'ordinamento percorre strade sue

---

giurista potrebbe proficuamente meditare). Con un discorso che ha il risultato — se non andiamo errati — di dare una rilevanza peculiare alla cosa come momento genetico, accanto all'individuo, dell'ordinamento sociale, di spostare quasi il centro focale di questo dal soggetto all'oggetto, di concedere attenzione alla sensibilità dell'uomo verso le cose e di queste verso l'uomo, al loro reciproco condizionamento nel quadro d'un ordine che supera uomo e cose e li ricomprende in un'unica organizzazione vitale.

(64) Vengono a mente le parole conclusive d'uno splendido saggio di Capograssi: «Le cose, dalla scienza trattate come oggetti da scomporre, bombardare e demolire, sono qui riconosciute come esseri viventi e salvaguardate nella loro vita integrale. L'uomo che ha più che mai la tendenza di rinchiudersi nel suo piccolo mondo umano, di assorbirsi nelle diatribe tragiche e infantili della sua storia, ha qui il modo di mettersi veramente a contatto vitale col mondo dell'essere, con la vita autonoma di quella parte così nostra della creazione che è la terra, di scoprire che non è solo, che per vivere gli sono necessari gli aiuti di tutte le cose, di sentirsi e di mostrarsi fraterno con tutte le cose» (G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Opere*, Milano 1959, V, pp. 269 ss.).

di indubbia originalità, riproponendosi in continuo accostamento ed in continua verifica con le fonti romane e canoniche, e con le fonti della grande meditazione filosofica, soprattutto con Aristotile.

Leggiamo attentamente un passo indicativo in tema di alienazione; tanto più indicativo in quanto costituisce la sistemazione tecnicamente consapevole d'un materiale che il Baldo canonista trovava già abbozzato in un famoso atto normativo canonico relativo alla *paupertas* dell'ordine francescano e dove si affrontava spregiudicatamente la dialettica *dominium-usus* (65); tanto più indicativo inoltre in quanto, traendo occasione da un atto normativo sul

(65) Baldo è cosciente di non rifarsi alla tradizione dei legisti, sibbene a un particolarissimo filone di pensiero che trovava le sue origini prime nella speculazione teologica, ed ha cura di avvertirlo all'inizio della sua sintesi, come si potrà constatare dalla lettura del passo riportato più sotto nel testo. Ciò testimonia maggiormente quanto l'insegnamento di Baldo sia, nella sua sostanza, disancorato da postulati romani e romanistici, anche se egli citerà, ma vedremo in qual senso, dei frammenti romani. L'atto normativo canonico, cui si accenna nel testo, è la bolla *Exiit qui seminat* di Nicolò III, del 14 agosto 1279, inserita poi nel *Liber Sextus* di Bonifacio nel tit. *De verborum significatione* (5, 12, 3), con la quale il Pontefice prende una precisa posizione in ordine al problema dei limiti della cosiddetta «povertà» francescana. Tra l'altro, afferma Nicolò III: «... Nam quum in rebus temporalibus sit considerare praecipuum proprietatem, possessionem, usumfructum, ius utendi et simplicem usum facti, et ultimo tamquam necessario egeat, licet primis carere possit vita mortalium: nulla prorsus potest esse professio, quae a se usum necessariae sustentationis excludat. Verum concedens fuit et professioni, quae sponte devovit Christum pauperem in tanta paupertate sectari, omnium abdicare dominium, et rerum sibi concessarum necessario usu fore contentam. Nec per hoc, quod proprietatem usus et rei cuiusque dominium a se abdicasse videntur, simplici usui omnis rei renunciasse convincitur, qui, inquam, usus non iuris sed facti tantummodo nomen habens, quod facti est tantum, in utendo praebet utentibus nihil juris...». Il testo papale abbozza cioè, in anticipo, quello che sarà poi il discorso più elaborato, più tecnico e ben più ampio di Baldo, dà cioè a Baldo degli elementi preziosi da sviluppare e su cui costruire una sistematica. La bolla del 1279 si inserì come ultimo anello di una catena fittissima di polemiche intorno alla dottrina della povertà, e costituì, in parte, l'accoglimento delle posizioni di S. Bonaventura da Bagnoregio in proposito. Cfr., al riguardo, V. MAGGIANO, *De relatione scriptorum quorundam S. Bonaventurae ad bullam «Exiit» Nicolai III (1279)*, in *Archivum franciscanum historicum*, 1912, V. Chi volesse avere oggi un eccellente inquadramento del problema può ricorrere alle meditate pagine di G. TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1964, III; per la dottrina di S. Bonaventura, cfr. pp. 387 ss. e per la bolla *Exiit qui seminat*, cfr. pp. 394 ss.

delicato problema delle alienazioni dei beni ecclesiastici, ne viene esaltata la sensibilità dell'interprete, che ci svelerà appieno ogni suo timore e preoccupazione in ordine al rapporto fra soggetto e beni: «Ultra doctores materiam istam ordino sic; quia cum ista authentica tractet de alienatione, in primis dicamus quod in temporalibus est considerare plura principia: Quoddam est principium quod dicitur proprietas... Secundo est considerare utile dominium... Tertio est considerare usumfructum... Quarto est considerare ius utendi... Quinto est considerare possessionem... Sexto est considerare usum facti» (66).

È il quadro ampio e sapientemente tratteggiato d'un sistema di situazioni reali il più possibile aperto verso l'esperienza, il più disponibile; d'un sistema che è veramente la negazione di chiusure, di confini, di articolazioni per tipi e categorie definiti. Se avessimo continuato la lettura del lungo testo baldesco laddove si accenna alla *proprietas*, avremmo sorpreso una frase pregnantissima: «est autem proprietas principale dominium», e avremmo letto tra le righe l'insegnamento che, se non può essere che uno il dominio formale d'una *res*, molteplici possono essere invece le situazioni da esso promananti e ad esso concorrenti, intensamente qualificate al punto da venire definite *dominia*. Ma non è questo l'aspetto del discorso di Baldo che ci preme qui di segnalare, sì bene la notevolissima dilatazione del sistema stesso.

I suoi principi estremi sono due dati concettualmente opposti e contrari: la *proprietas*, ossia un vincolo formale di appartenenza, l'iscrizione nei libri fondiari tanto per intendersi; l'*usus facti*, una situazione il più possibile informale di godimento immediato della cosa. Ambedue hanno però un aspetto che li accomuna: quello di poter essere considerati come *alienationes*, come atti cioè diminutivi

(66) BALDO, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis 1577, *in auth. Hoc ius porrectum, C. de sacrosanctis ecclesiis*, nn. 4 ss. Trascriviamo qui di seguito il testo baldesco del n. 8, poiché ci servirà per ulteriori chiarimenti: «Sexto est considerare usum facti magis provenientem ex permissione domini quam ex natura possessionis, ut ff. de fur l. Si servus communis §. Locavi et ff. de do., l. Attilius Regulus et hic si ista commoditas transfertur ad longum tempus, licet proprie non sit alienatio, tamen habet ibi materiam prohibitam in loco alienationis ne committatur fraus».

del patrimonio d'un soggetto, in quanto generativi d'una situazione reale in capo a un altro soggetto.

Ma che cos'è questo *usus facti* che mina così pericolosamente la compattezza d'un patrimonio? E come può avere una efficacia tanto incisiva?

Precisa Baldo: «Usum facti magis provenientem ex permissione domini quam ex natura possessionis», e, a conferma delle proprie parole, cita due frammenti del Digesto in cui sono illustrati un caso di locazione semplice (67) e un caso di *habitatio* intesa nel senso di *facultas habitationis*, non di *ius habitationis* (68). Due casi cioè di mera detenzione: conduttore ed *habitator* usano della cosa non in virtù di una loro situazione possessoria, ma soltanto perché il *dominus* lo consente, e ne usano di fatto senza che si provochi la costituzione di uno *ius utendi*. Sono unicamente dei detentori inqualificati.

Baldo insiste su questo dato, sull'essere un simile *usus* nient'altro che un fatto, e ne avvalora la descrizione con i testi romani, sì che il lettore abbia chiaro in testa che quella situazione non è reale bensì un mero fatto; però aggiunge subito dopo: «Si ista commoditas transfertur ad longum tempus, licet proprie non sit alienatio, tamen habet ibi materiam prohibitam in loco alienationis» (69). In altre parole egli insegna che, entro il dettato delle norme imperiali e canoniche che proibiscono l'alienazione dei beni ecclesiastici, debbano esser ricompresi anche questi *usus facti* se prolungati nel tempo.

È come ammonire che arduo e difficile è separare fatto e diritto in questa loro osmosi continua e totale.

Se analizziamo infatti il *principium* del giureconsulto perugino, noi individuiamo un primo fatto: il godimento immediato con la cosa, che comporta un rapporto diretto tra soggetto e cosa; indi un secondo fatto: il tempo, la durata. Il secondo gioca il ruolo di

---

(67) È la *l. Si servus communis §. Locavi* (D. 47, 2, 62, 8), nella quale si fa appunto riferimento a un caso di *simplex locatio*.

(68) È la *l. Attilius (Aquilius) Regulus* (D. 39, 5, 27), nella quale si fa riferimento a una *facultas habitationis*, cioè a un vincolo a efficacia meramente personale.

(69) BALDO, *op. ult. cit.*, n. 8.

elemento qualificante del primo (70). Grazie alla durata la situazione di godimento diventa effettiva. In favore dell'*habitator* e del conduttore scatta il principio dell'effettività delle situazioni; al di sotto del loro legame con la cosa sta un'enorme forza normativa e l'esercizio prolungato del godimento genera la concezione della normatività di questo esercizio (71).

Il tema dell'alienazione delle cose ecclesiastiche aveva costituito per Baldo una occasione sensibilizzatrice, ma il suo è un discorso generale che puntualizza un itinerario generale che l'ordinamento medievale percorre in pieno con una sempre maggiore pienezza di respiro.

L'impianto della costruzione giuridica dal punto di vista dell'oggetto porta al risultato di «realizzare» un numero sempre crescente di situazioni relative ai beni: la rilevanza conferita al godimento immediato, al lavoro, al tempo è reliquia del primitivismo altomedievale che Baldo, romanista e canonista, lettore di Aristotile, uomo di varia cultura, si ritrova pur sempre dentro di sé con una potente forza attrattiva, e che avrà alla fine prevalenza sul romanista, sul giurista colto e speculativo.

La vittoria del reale sul soggettivo, l'emersione del reale a valore autonomo e determinante dell'esperienza giuridica proseguono dal terreno della prassi altomedievale al terreno di una dottrina culturalmente affinata e preparata come quella di diritto comune: la contemplazione assorta della *rerum natura* da parte dell'uomo dell'età romano-barbarica (non v'è dubbio che tempo, lavoro, utilità delle cose sono forze ed energie di questa natura) (72), la sua arrendevolezza di fronte alla forza instrinseca dell'oggettivo, diviene subcoscienza del giurista della Rinascenza medievale.

Nasce da questa complessa situazione psicologica, come ab-

---

(70) Tanto per avere un esempio di ciò che intendiamo per strumento qualificante del godimento, cfr. BALDO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, cit., *ad l. Ususfructus, ff. de usufructu*, n. 1: «Si locatio fit ad vitam vel ad non modicum tempus constituitur per eam usufructus formalis... Si vero ad modicum tempus, tunc non, sed est quaedam utendi commoditas nec morte finitur...». Per chiarificazioni maggiori, ci sia consentito di rinviare a P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, cit., *passim*.

(71) P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953, p. 45.

(72) Cfr. P. GROSSI, *art. cit.*, pp. 280 ss.

biamo creduto di dimostrare in una nostra recente ricerca (73), l'istituto tipicamente medievale della «locatio ad longum tempus». Il contratto resta funzionalmente una locazione, ossia è cessione temporanea d'una certa quantità di godimento contro la prestazione d'una certa quantità di canone a quello proporzionato, solo che il tralcio debolissimo della locazione romana a efficacia meramente personale si realizza, diviene strumento per la costituzione d'uno *ius in re*, addirittura d'un *dominium utile*. *L'usus facti ex permissione domini*, purché prolungato nel tempo, mette radici nella terra, diventa scritto nella cosa stessa. Né importa se una *fictio* giuridica determina come personale la posizione del conduttore. C'è una effettività che va tutelata, va qualificata al di là delle finzioni del diritto; v'è una realtà che il diritto non deve coartare ma deve seguire come una forma la sua sostanza più intima.

7. Al termine di queste considerazioni si potrà ora capire la ragione per la quale abbiamo sempre parlato di situazioni reali, usando una terminologia che a taluno sarà parsa troppo vaga, ma che assume il significato di termine e di concetto da contrapporre a quello per noi relativamente servibile di diritto soggettivo. Situazione reale è un intreccio complesso di diritti e di doveri rispetto al quale il bene svolge la funzione di elemento coagulatore e condizionatore, insomma ordinatore di quei diritti e di quei doveri (74). Più in generale, situazione giuridica è lo schema che, con maggiore puntualità di quello di diritto soggettivo, può essere assunto a minimo comune denominatore delle varie figure del sistema fondiario medievale.

Non dimentichiamoci infatti due punti fermi di esso: d'essere, in primo luogo, un sistema costruito soprattutto dall'angolo visuale dell'oggetto; d'essere, in secondo luogo e conseguentemente, un sistema non costruito sulla proprietà, ma su istituti che geneticamente e funzionalmente sono piuttosto dei limiti alla proprietà.

Il concetto di diritto soggettivo si presterà splendidamente per i programmi del nuovo diritto, per un sistema fondiario che avrà per fondamento due punti fermi antitetici a quelli or ora precisati: la sua

---

(73) ID., *Locatio ad longum tempus*, cit., *passim*.

(74) Cfr. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris 1963, pp. 52 ss.

elaborazione dal punto di vista del soggetto, nella certezza di quella che una dottrina francese di qualche decennio addietro avrebbe chiamato «l'autonomie de la volonté» (75), nello spregio di quella «porzione singola della natura irragionevole», come Bernando Windscheid definisce la cosa (76). La sua strutturazione sulla proprietà, trascurando fino all'eccesso i diritti reali diversi da essa (77) e teorizzando anzi l'istituto come il più insofferente a limiti, la negazione stessa del limite, per usare le parole fermissime del Windscheid medesimo (78).

Nel nuovo diritto sarà una teologia della proprietà individuale ad instaurarsi, e una vera e propria sacralità ammanterà l'istituto; il Medioevo, nella sua coscienza integralista ma anche nella sua serena diagnosi discretiva del sacro dal profano, si era ben guardato da simili qualifiche per fenomeni della vita economico-sociale.

Nel nuovo diritto la proprietà poggerà su un ben definito sottofondo etico, e la sua ragion d'essere, come diritto della personalità, sarà innanzi tutto squisitamente morale; ed è proprio a fronte di questa posizione dell'istituto che si giustificano i tanto criticati riferimenti, oggi frequenti nelle fonti e nella letteratura, alla «funzione sociale» della proprietà (79) che, in sé e per sé tautologici e inconcludenti, si coloriscono di più sul piano storico, come reazione all'impostazione ora accennata e come affermazione solenne d'una teoria tendente a reinserire la proprietà fra i meri strumenti dell'organizzazione economica.

È un reinserimento che ci avvicina, almeno come iniziale presa

---

(75) E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris 1912.

(76) B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di C. FADDA e P.E. BENSA, Torino 1925, I, t. II, §. 137. La definizione tedesca è: «Das einzelne Stück der vernunftlosen Natur».

(77) R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, II, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris 1959, p. 6. Per un ripensamento di tutta questa problematica, si veda anche G.G. BOLLA, *Della proprietà fondiaria agraria come situazione oggettiva e come istituzione tipica*, ora in ID., *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, pp. 656 ss.

(78) B. WINDSCHEID, *op. cit.*, §. 167.

(79) Per un'affermazione netta, cfr. F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *Riv. dir. agrario*, 1939, XVIII. Un'ampia disamina è fatta da S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, XIV, pp. 1314 ss.

di coscienza del problema, alle conclusioni del diritto comune. Ed è indicativo che, nel 1946, quasi seppellendo uno schema mentale al riguardo dell'appropriazione dei beni ed inaugurandone uno nuovo, lo studioso che potrebbe egregiamente impersonare le ansie dell'esperienza giuridica contemporanea, Georges Ripert (80), riproponesse le conclusioni della teorica del dominio diviso, nel suo aspetto di tutela dell'imprenditore nei confronti del capitalista, al legislatore e all'interprete francesi in tema di contratti agrari.

È una preziosa testimonianza con la quale possiamo chiudere queste annotazioni certi di non avere illuminato un oggetto remoto nell'angolo della bottega dell'antiquario, ma di aver fatto piuttosto, secondo l'insegnamento di Alexis de Tocqueville in una bella pagina di *L'Ancien Régime*, come quei patologi che ricercano nei corpi morti le leggi della vita (81).

(80) G. RIPERT, *Le statut du fermage*, cit., p. 1.

(81) A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien Régime et la Révolution*, Paris 1928, p. IX.

'DOMINIA' E 'SERVITUTES'
(Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)

1. Definizione del tema. — 2. Intuizioni, incertezze, aporie nel setaccio della Glossa accursiana. — 3. Percezioni ultramontane. — 4. Un chiarimento di Dino del Mugello. — 5. Bartolo e il disegno del sistema; 'dominia' e 'servitutes' come 'opposita'. — 6. La complessa riflessione baldesca. — 7. Sistemazioni e approfondimenti nell'itinerario dottrinale del Quattrocento: *a) Dominium, dominium rei, dominium iuris*; *b)* Il problema dell'usufrutto come *pars dominii*; *c) Servitus* e *dominium*; *d) Servitus* e *dominium utile.*

1. Alle sistemazioni compiute da Glossatori e Commentatori nel campo dei diritti reali è da molto tempo che dedichiamo attenzione; fu questo l'oggetto della nostra prolusione fiorentina del '67 (1) e poi del 'corso' — sempre fiorentino — sulle situazioni reali pubblicato l'anno successivo (2), Questo ritorno sul tema, a più di venti anni di distanza, potrebbe apparire una ripetizione; ma non è così. Anzi, nelle poche pagine che seguiranno si intende aggiungere una integrazione sostanziale e colmare un vuoto delle precedenti ricerche.

In queste ci eravamo sforzati di seguire l'operosità conoscitiva del ceto dei giuristi medievali in un capillare lavorio analitico, che aveva condotto a due vistosi risultati: custodendo gelosamente nel proprio subconscio un tesoro di forze e di intuizioni liberato e consolidato nella prassi dei secoli altomedievali, il giureconsulto culturalmente provveduto dell'età del rinascimento giuridico, adattando disinvolto i testi romani, 'realizza' un numero rilevante e comunque indefinito di situazioni personali su un bene (cioè consente loro una presenza incisiva sul piano del 'reale') e arriva a

---

(1) *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali,* in *Jus* XVII (1967).

(2) *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* — Corso di storia del diritto, Padova, Cedam, 1968.

concepire molte di queste situazioni reali addirittura come *dominia* pensandole come partecipi della sfera gelosa della appartenenza.

Si trattava, in quelle nostre ricerche, di enfiteusi e contratti feudali, di contratti superficiarii e contratti agrari consuetudinarii (primi fra tutti il livello e la precaria) fino a ricomprendere i semplici contratti locativi a lungo termine (3). Tutti erano però contrassegnati da un godimento che vedeva frontalmente, direttamente, impegnati il fruente e il bene, il soggetto e la porzione di natura cosmica, nel solco di una antica e mai smentita tradizione che restringeva l'oggetto del *dominium* alla sola *res corporalis.* Non vi si parlava mai — o unicamente di sfuggita — di servitù prediali e personali, che pure avevano indiscussa cittadinanza anche nel ristretto recinto degli *iura in re* romani e un ruolo non indifferente nella complessa organizzazione fondiaria tardomedievale.

Perché questo vuoto? La risposta è ovvia: fermamente convinti che la grande invenzione e la chiave di volta del sistema di situazioni reali intuito e sistemato dal diritto comune fosse l'istituto del *dominium utile,* ci eravamo arrestati di fronte a una *communis opinio* che escludeva la possibilità concettuale che una *servitus* incarnasse un *dominium,* anche un *dominium utile.* Ma, allora — e soprattutto —, perché questo esilio delle servitù fuori dal pur ridondante novero dei *dominia* e perché questo atteggiamento negativo da parte di operatori generosissimi nel cangiare in *dominia* situazioni assai distanti da un modulo rigorosamente proprietario?

Una prima sommaria risposta, appagante sul piano della costruzione giuridica dei Dottori, la demmo nella Relazione di sintesi al Convegno senese dell '85 su 'La proprietà e le proprietà', ma fu un discorso appena accennato anche se fermissimo nella sua conclusione (4), In quella sede, ohimè, si fece però di peggio: forti di un ricco materiale che si era riusciti da tempo ad accumulare, si rinviò

---

(3) Alla disciplina di questi ultimi, che dimostra tutta l'inventiva e la consapevolezza socio-economica della giurisprudenza del diritto comune classico, è dedicato il volume: *Locatio ad longum tempus-Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune,* Napoli, Morano, 1963.

(4) *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico,* in *La proprietà e le proprietà* — Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985, a cura di Ennio Cortese (Atti del Convegno nazionale della Società di storia del diritto), Milano, Giuffrè, 1988.

il lettore per maggiori approfondimenti a un volume (che si disse di prossima pubblicazione (5) e di cui con grossa ingenuità si fornì persino il titolo (6), nel quale si sarebbe proseguito e approfondito le ricerche avviate nel 'corso' spostandole sul terreno di spartiacque fra medioevo ed età nova per cogliere insieme le grandi sistemazioni dei bartolisti e le incrinature metodologiche e tecniche della *iurisprudentia* cinquecentesca. Quel libro è, a tutt'oggi, una promessa mancata verso il lettore, mentre il ricco materiale è restato *inutiliter* ben serrato dentro i cassetti d'uno scrittoio. Ne fu dato, alcuni anni fa, una prima anticipazione con un saggio su Zasius (7); se ne dà ora una ulteriore anticipazione, mentre l'autore è sempre più scettico sulla probabilità di poter realizzare il progetto di quel volume.

Resta così ben definito il tema di questo saggio, che vuol soddisfare alcune elementari domande: qual'è il posto e lo spazio delle servitù (prediali e personali) nella sistematica degli *iura in re* operata dal diritto comune? E quale il rapporto fra *servitutes* e dominio, soprattutto fra *servitutes* e situazioni di dominio utile? Si tenterà di colmare un vuoto che c'è, come sopra si diceva, nelle nostre precedenti ricerche, avvalorando con più ampia e finora da noi non utilizzata documentazione una delle conclusioni su cui abbiamo ritenuto di insistere fin dalla prolusione del '67: il *dominium utile* è creatura 'magistrale' ricavata dai Dottori ben all'interno della sfera della appartenenza, si comporta tecnicamente come un *dominium,* è una delle proprietà e come tale si colloca nell'ambito del sistema dei diritti reali, dove alla *servitus,* a ogni *servitus,* spetta un ruolo affatto diverso e affatto tipico.

La parola 'sistema' può sembrare un po' troppo ingombrante per qualche raffinato lettore, e non saranno inutili alcune precisazioni. L'indole esegetica e analitica delle glosse e dei commenti rende indubbiamente difficile cogliere i tracciati delle linee sistema-

(5) *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* cit., p. 252.

(6) Il titolo — 'Proprietà e diritti reali fra i segni dell'età nuova' — risulta nella pubblicazione anticipata che della Relazione fu fatta in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* XVII (1988), p. 403, mentre è omessa nella successiva pubblicazione degli 'atti', quando lo scrivente aveva già deposto il progetto di stampa del volume.

(7) *Gradus in dominio-Zasius e la teorica del dominio diviso,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* XIV (1985).

tiche, ed è soprattutto la costruzione 'estralegislativa' del dominio utile a confinare necessariamente la disciplina fra le pieghe del discorso. Per un istituto che è contrassegnato da una intima fattualità, per un assetto giuridico che nasce nella pratica quotidiana delle quotidiane concessioni fondiarie, l'emersione a quella sublimità definitiva costituita dall'ordine giuridico non può che essere stentata, goffa, per taluni aspetti claudicante, più un esperimento tecnico che una sistemazione formale. Ma una logica c'è, e imperiosa.

Ma un sistema c'è, composto più di membra sparse da ricomporre che di una architettura balzante. È un pullulare sparso ma incessante di notazioni, di intuizioni, di precisazioni sorrette da una stessa visione ampia e unitaria del problema dei diritti reali, da una stessa coscienza sempre tesa e vigile delle scelte politiche di fondo, che stanno certamente al di là del diritto ma che il diritto vivificano e condizionano.

Le certezze del sistema riposano lì, e lì stanno le sue fondazioni e legittimazioni. A livello formale il sistema non si staglia nitido, non è una costruzione immediatamente visibile a occhio nudo, è una armonia nascosta, una linea unificante sepolta nella varietà delle tante analisi, impercettibile a un osservatore superficiale ma ben distinguibile a una ricognizione attenta che dagli affioramenti sparsi ricostruisce il vitale nesso sotterraneo. Il sistema non è qui un lucido programma raccoglitore e coordinatore, sibbene una coscienza armonica che sorregge e riunisce i mille approcci analitici degli interpreti formalmente non sistematizzati ma sostanzialmente ordinati da una visione che è unitaria in grazia di quella coscienza. Forse un sistema sepolto, ma che il giurista non può esimersi dall'individuare e dal cercar di disegnare per proprio conto. Di questa trama sepolta il nesso *dominium-servitus,* o — diciamo di più, anticipando una conclusione — l'opposizione *dominium-servitus* è uno dei tratti più portanti e anche più scoperti. Vale la pena di trattenersi un poco nei suoi pressi.

Siamo davvero lieti di dedicare questo saggio al carissimo amico Sten Gagnér, uno studioso che non è restato insensibile di fronte all'affascinante tema del *dominium* (8).

---

(8) Ci riferiamo al suo saggio: *Vorbemerkungen zum Thema 'Dominium' bei Ockham,* in *Miscellanea Mediaevalia* — Veröffentlichungen des Thomas-Instituts der

2. Lo storico dei diritti reali non può non riconoscere nell'età dei Glossatori un momento delicato e vitale della elaborazione scientifica su quel nodo problematico: con una relativa povertà di strumenti culturali, dibattuti interiormente fra la lettura dei testi antichi e quella della realtà economica circostante, un ceto di giuristi comincia a farsi carico di tradurre in un linguaggio e in degli schemi tecnicamente provveduti quanto la secolare prassi altomedievale aveva intuito e grezzamente elaborato, trovandosi inevitabilmente di fronte al compito gravoso e, come ora si diceva, delicatissimo di rivestire dei corpi economici riottosi con dei panni formali inadatti, e anche di sforzare e snaturare questi panni purché quei corpi vi fossero accolti; proprio perché ciò che premeva era dar cittadinanza e dignità culturale a quei corpi nel nuovo ordine giuridico, trarli dall'esperienza vissuta giorno per giorno per renderli oggetto di scienza e di costruzione tecnica.

I glossatori condividevano appieno il patrimonio di verità elementari messo a fuoco dagli ignoti ma non ignobili operai dell'officina altomedievale, un patrimonio che essi custodivano ancora, intimamente compenetrato e familiarissimo, al fondo della loro coscienza e subcoscienza; sentivano di dover continuare a valorizzare la cosa nella sua dimensione economica, a partire da essa, dalla sua natura composita e non dal soggetto, per ogni costruzione giuridica, a puntare sul godimento e sull'esercizio e non sulla titolarità formale per rivedere tutta la teoria dell'appartenenza e renderla coerente con le premesse economicistiche invocate a sostegno.

L'opera si concreta in uno sforzo inventivo notevolissimo, in un affiorare di percezioni sicure ma anche di perplessità, di contraddizioni, di oscurità; inevitabile prezzo da pagare da parte di artefici non ancora completamente affrancati mediante il possesso di una maturità culturale. Il risultato più vistoso — lo si sa bene — è il *dominium utile,* un espediente tecnico ma non soltanto tale; piuttosto, l'asse portante (e lo resterà per secoli) di tutto il sistema dei diritti reali e il segno più speculare del progetto dei giuristi in perfetta armonia col progetto degli operatori pratici.

Universität zu Köln, B. 9 — Antiqui und Moderni — Traditionsbewußtsein und Fortschrittsbewußtsein im späten Mittelalter, Berlin, De Gruyter, 1974.

I problemi non potevano mancare, anzi dovevano essere molti e gravi: in una civiltà giuridica che ha frammentato l'appartenenza, l'ha scomposta in modo esasperato muovendo dalle partizioni strutturali della cosa, in cui tutta una schiera di esercenti poteri limitati sulla cosa — e cioè feudatarii, superficiarii, enfiteuti, precaristi, livellarii, locatarii perpetui o a lungo termine — sono affiorati alla dimensione dell'appartenenza pretendendo non abusivamente di esserne in qualche modo partecipi; in questa civiltà il problema del mio giuridico o, se vogliamo, del contenuto minimo di una proprietà si pone assai drammaticamente.

Nei meccanismi scompositivi a cui viene assoggettata quella entità composita che è il *dominium plenum,* fino a quale frammento, fino a quale estensione di quantità e misura di qualità del frammento si può arrivare continuando a riconoscervi un *dominium* sia pure ridottissimo? E, se il *dominium utile* non è altro che un godimento-esercizio munito di tanta intrinseca forza da diventare una proprietà, quale confine discriminante porrà l'ordinamento per segnare l'estraneità o la partecipazione alla zona del *mio* rispetto alle tante situazioni reali di esercizio-godimento, più o meno esteso, sul bene? Quale discrimine porre o non porre, e come, tra un dominio utile e l'esercizio-godimento di una servitù prediale? Peggio ancora: tra l'esercizio-godimento di un *dominus utilis* e l'esercizio godimento di un usufruttuario, incarnantisi l'uno e l'altro in un contenuto economicamente pari di *uti-frui* della cosa?

Una conclusione appare certa: tutta la riflessione che va dai *veteres* ad Accursio è percorsa dalla convinzione che l'usufrutto, in quanto servitù, è una entità giuridica concettualmente estranea al *dominium* (9); ed è proprio da questa convinzione che, di fronte a

(9) Già in uno dei primi tentativi di chiarimento e sistemazione risalente alla prima metà del sec. XII si legge: «si queratur de superficiario et emphiteoticario et colono an sint fructuarii quia fruuntur utuntur, dicimus quia non, quia fruuntur utuntur rebus alienis sed quomodo domini intelliguntur» (*De verbis quibusdam legalibus — Excerpta Codicis Vaticani Reg. 435,* cur. F. Patetta, in Bibliotheca juridica medii aevi — Scripta anecdota glossatorum, vol. II, Bononiae, Virano, 1892, n. 38); testo che ostenta un pensiero giuridico *in itinere* con quella nozione grezza e confusa dei 'quomodo domini', ma che mostra chiarezza di idee nel separare il godimento dell'usufruttuario da quello di coloro che, di lì a poco, saranno qualificati e considerati *domini utiles* della cosa. Identica confusione e, nello stesso tempo, identica chiarezza nella esigenza di

testi romani predicanti l'usufrutto come *pars dominii,* nasce quella distinzione tipicamente medievale in *ususfructus causalis* e *ususfructus formalis* mediante la quale la stessa situazione di *uti-frui* propria del *dominus* e interna al *dominium plenum* veniva in qualche modo ritagliata e autonomizzata e costituita come porzione autonoma di quella realtà composita che è appunto il *dominium.* Con una stessa invenzione tecnica si conseguivano tre risultati rilevanti per la coscienza giuridica dei glossatori: si poteva senza troppi tormenti esegetici continuare a mantener fuori dei confini proprietarii l'usufrutto-servitù, l'unico che fosse legittimo erede dell'istituto disciplinato nella compilazione giustinianea, imputando all'usufrutto 'non separatus a proprietate' 'causatus a proprietate' 'concretus proprietati' (10) i testi imbarazzanti sulla *pars dominii* e risolvendoli con una analisi brillante e suadente del concetto di *pars* (11); si manteneva

---

separare enfiteuta ed usufruttuario sono in una glossa di Vacario: «quasi dominus est emphi[teuta] et poterit constituere quasi usumfructum. Habet accionem in rem utilem; ergo dominus est et ius suum alienare poterit. Usufructuarius non habet ius separatum a re principali, nec dominus intelligitur, et habebit confessoriam» (*The Liber pauperum of* VACARIUS, ed. by F. de Zulueta, London, Quaritch, 1927 (The Publications of the Selden Society, XLIII), pp. 86-87). Un passo avanti, per chiarezza di idee e per sicurezza di risultato, si ha in un commentario più tardo — risalente ai primi del sec. XIII — di area inglese, contenuto nel MS Oxford, Magdalen College 258 e pubblicato dal Legendre (cfr. P. LEGENDRE, *Recherches sur les commentaires pre-accursiens,* in TRG, XXXIII (1965), ora anche in P.L., *Ecrits juridiques du Moyen Age occidental,* London, Variorum Reprints, 1988, p. 378), dove il possesso della *res* da parte dell'usufruttuario (da un lato) e quello dell'enfiteuta/vassallo/superficiario (dall'altro) sono qualitativamente diversificati proprio sotto il profilo della appartenenza della *res:* ad INSTI. II, IV, pr. «excipitur emphiteota, feudetarius, superficiarius. Isti non habent usumfructum fundi vel predii quod possident, quia non possident ut rem alienam, set ut suam».

(10) Il frasario è del più immaginifico fra i giuristi medievali, e cioè Baldo (cfr. i commenti alla l. Usufructu, ff. soluto matrimonio, n. 2 (D. 24,3,57), alla l. Ususfructus, ff. de usufructu, n. 2 (D. 7,1,1), alla l. Foeminae, C. de secundis nuptiis, nn. 5-6 (C. 5,9,3)

(11) È già soddisfacentemente abbozzata in una glossa forse risalente addirittura ad Irnerio: «Ususfructus a dominio separatur, separatus pars et species servitutis est: non separatus, vel quia non discessit vel quia rediit, et sic in multis casibus est pars dominii idest illius plenae potestatis qua licet uti et abuti, que tunc demum plena est quando utrumque licet» (E. BESTA, *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano) — vol. II — Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus,* Torino, Loescher, 1896, *ad l. Ususfructus (4),* p. 86, dove già si delinea una nozione di *pars dominii* che poi, nella Glossa Magna, sarà qualificata come 'integralis': elemento (l'*uti*) che si congiunge ad

intatta la categoria generale della *servitus,* così come i bizantini l'avevano confezionata, comprensiva di servitù prediali e personali;

---

altro elemento (l'*abuti*) e la cui somma forma la *plena potestas* del *dominium.* Identica è la diagnosi fatta, qualche tempo dopo, dall'ignoto autore delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (a cura di G. Zanetti, Firenze, La Nuova Italia, 1958, XX — De usufructu): «Ususfructus a dominio et proprietate separationem recipit. Quomodo ergo pars dici potest dominii non percipio. Sicut inspectiones dominii sunt diverse, sic et partes eius accipiuntur diversis modis. Cum dicimus dominium pro solido, respicimus ad omnes rei partes, ut in ea nulla pars intelligatur aliena. Cum autem plenam potestatem quis habere dicitur, hoc significatur eum iure suo posse et uti et frui et ipsam rem consumere seu commutare et omnino id quod super ea re sibi libet facere. Hoc ius potestatis multiplex multas partes habere facile deprehenditur. Ex quibus partibus aliqua pertinet ad usufructuarium, cum sit ei ius utendi fruendi: hoc enim durante dominus plenam potestatem non habet quoniam finito demum usufructu incipit habere plenam potestatem. Set et in hac partitione proprietatis nomen illa potestatis pars usurpat, quom pars reliqua, id est fruendi causa, sequi solet». Il dubbio iniziale, sulla possibilità di un uso corretto della nozione di *pars dominii* applicata all'usufrutto, è fugato solo, nel proseguimento del discorso, dalla relatività del concetto di *pars.* Come nel testo irneriano citato poco sopra, anche qui *pars* può essere adottato unicamente nel significato di uno dei molti elementi (*multae partes*) che concorrono con la loro congiunzione a formare lo *ius potestatis multiplex;* ma con le precisazioni concettuali di estraneità sostanziale alla *proprietas,* che vediamo sottolineate nell'ultima frase.

La distinzione fra usufrutto causale e formale è già compiuta e perfettamente sistemata in Piacentino: «triplex est ususfructus; qui est forma, ut in non domino; est ususfructus qui est nisi causa, ut in domino; est ususfructus tertius, puta ut alius habeat proprietatem, alius usumfructum, tertius fructuum perceptionem» (PLACENTINI.... *In summam Institutionum... libri IIII...,* Moguntiae, 1535, rist. anast. Augustae Taurinorum, ex officina erasmiana, 1973, lib. II, tit. IIII — de usufructu). Nella *Summa Codicis* Piacentino approfondisce l'idea dell'usufrutto come *pars dominii,* precisando che si tratta pur sempre di una *pars causalis,* quasi che il *dominium* trovi la propria origine e ragione nella congiunzione di *proprietas e ususfructus.* Certamente non ne è *pars praedicamentalis,* perché ciò postulerebbe una partecipazione all'idea stessa di *dominium.*

Mentre rinviamo a quanto si dirà più sotto a proposito della Glossa accursiana, il miglior chiarimento sulla nozione di *pars praedicamentalis* lo offrirà lo stesso testo piacentiniano, che si trascrive qui di seguito: «Ususfructus dominii pars est causalis. Nam dominium habet duas res quodammodo, proprietatem et usumfructum, quoad causam. Non est pars praedicamentalis, quia non est dominium, nec enim fructuarius rei dominus est vel dominium habet... fructuarius tamen in quibusdam casibus pro domino habetur, id est in percipiendis fructibus» (*Summa Codicis,* Moguntiae, 1536, rist. anast. Torino, Bottega d'Erasmo, 1962, lib. III — De usufructu, usu et habitatione, tit. XXXIII). Il testo piacentiniano è quello contenuto nell'edizione maguntina, perché — sul punto — appare più affidante del testo segnalato da quello che è forse il migliore dei

si veniva, anche per questa strada, a dare particolare attenzione all'*uti-frui,* a non soffocarlo all'interno della proprietà, a renderlo possibile oggetto di atti giuridici indipendenti (per esempio, una garanzia reale) (12), pur senza troppo valorizzarlo almeno fino a quando resta rannicchiato nel guscio del *dominium.*

E una preoccupazione emerge parallela, che chiede ad alta voce, come più sopra si diceva, confini maggiormente netti per figure giuridiche che la comune coscienza avverte nettamente segnate; e una analisi, che trova la sua adesione finale in Odofredo, fa capo al 'salva rerum substantia', l'espressione presente nella definizione con cui si apre nel Digesto Vecchio e nelle Istituzioni il titolo 'de usufructu', ammettendo che l'*uti-frui* dell'usufruttuario non ha riguardo alla sostanza della cosa e si pone come estrinseco ad essa, mentre quello del feudatario, del locatario a lungo termine, dell'en-

---

manoscritti conosciuti della *Summa Codicis,* e cioè: Frankfurt am Main — Stadtbibliothek 45. Nel manoscritto, per esempio, si legge: «Ususfructus dominii pars est totalis», che non ha un senso compiuto, mentre ce l'ha il 'causalis' del testo a stampa, soprattutto se visto in contrappunto con la nozione di causa sottolineata poco dopo. Esprimiamo qui un sincero ringraziamento all'Istituto di storia del diritto italiano della Università Statale di Milano, che ha reso più rapido il raffronto mettendo a nostra disposizione il microfilm del manoscritto francofortese posseduto nella ricchissima collezione dell'Istituto. Un ringraziamento speciale all'amico Giampaolo Massetto, della Università di Pavia, per la generosità e la premura dimostrateci.

Un po' diversamente nella conclusione ma sulla stessa scia per quanto attiene alla argomentazione logica è anche una precisa riflessione di Azzone, che, respinta al pari di Piacentino, l'ipotesi della *pars praedicamentalis,* propone piuttosto una equazione fra *pars dominii esse* e *habere similitudinem cum dominio:* «usufructus dominii dicitur pars cum loco domini fructuarius habeatur... [segue una enumerazione di casi confortanti la assimilazione] In his ergo casibus dicitur usufructus pars dominii esse idem habere similitudinem cum dominio... Non enim est pars praedicamentalis ut dicatur dominium» (*Summa super Codicem,* lib. III — De usufructu, Papie, 1506, rist. anast. Augustae Taurinorum, ex officina erasmiana, 1966).

Una notazione sul testo delle *Quaestiones* sopra riportato: basterebbe questo testo per escludere una paternità piacentiniana. Piacentino non avrebbe infatti mancato di utilizzare lo schema dialettico della 'pars praedicamentalis'

(12) È efficace e puntuale la descrizione che il Landsberg fa dell'usufrutto causale come «der auf dem Grunde des Eigentumsrechts beruhende *usufructus*», ma è inesatta la precisazione che esso, in questa sua posizione affatto interna, «eine besondere Rechtsform nicht mehr hat» (E. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum—Rechts und dogmengeschichtliche Untersuchung,* Leipzig, Brockhaus, 1883, p. 94).

fiteuta, del superficiario, proprio perché incarnante un dominio utile, concerne la *res* nella sua struttura più riposta:

> «[salva rerum substantia] hoc dicit secundum quosdam propter superficiarium, propter vasallum, qui, licet possit uti et frui, habet tamen dominium utile et ita alii non remanet omnino salva rerum substantia..., sed usufructuarius potest uti et frui, non tamen habet dominium et sic remanet proprietario salva rerum substantia» (13)

Ma questi sono anche anni di ricerca; proprio il conio della nuova figura generale del dominio utile è non solo impegnativo, ma lento e faticoso, anche se appare acquisita l'intuizione di fondo che la sorregge; e l'itinerario è necessariamente costellato di incertezze non riuscendo la *scientia iuris* a disegnare nitidamente i contorni degli istituti, come dimostra l'affiorare continuo di una figura ambidestra, il *quasi-dominium,* che tende a fungere da piattaforma unitaria per tutte le situazioni di esercizio esaltate dalla prassi altomedievale (14). Di itinerari concettuali che portano ad approdi spesso non adeguatamente decantati (come il *quasi-dominium*), la ricerca dei glossatori è specchio vivace, uno specchio che non è smentito nemmeno da quel setaccio finale della Glossa Magna in cui si condensano quasi un secolo e mezzo di analisi e proposte. Allo stadio attuale delle nostre conoscenze, che continuano ad essere palafitticole e che non sopravanzano di molti passi i traguardi raggiunti cinquanta anni fa dalla operosità solitaria di Pietro Torelli, l'autentico significato storico del sedimentatissimo e al nostro sguardo storiografico ancora appiattito lavorio accursiano è quello di riassumerci fedelmente, anche se in modo assai contratto, il gran dibattito precedente. E affiorano in singolare mescolanza le intuizioni chiare ma anche le incertezze e le confusioni che or ora si elencavano. Cerchiamo di cogliere, dunque, l'unico risultato che la Glossa può fornirci con relativa precisione: un bilancio.

---

(13) ODOFREDI ... *Interpretatio in undecim primos Pandectarum libros...*, Lugduni, 1550 (rist. anast. Bologna, Forni, 1967), lib. VIII — De usufructu-Rubrica, n. 3. Accanto a questo filone interpretativo, la maggioranza dei giuristi sembrava invece ritenere che la dizione «salva rerum substantia» fosse da collegare, o alla natura dell'oggetto (cosa inconsumabile), o alla necessità di prestare una cauzione da parte dell'usufruttuario.

(14) Per maggiore documentazione, cfr. quanto ne abbiamo detto in: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* cit.

E cominciamo da un testo di straordinaria lucidità, portatore di una forte intuizione sistematica e anticipatore di molte future sistemazioni, la glossa anonima alla l. Servitutes praediorum del titolo 'de servitutibus' nel *Vetus* (D. 8,1,3):

> "potest intelligi, idest alie rustice servitutes et alie urbane, vel verius alie in solo idest proprietate soli et alie in superficie, ut infra, de superficiebus, l.I.§.fi.; dicam tunc ab ipso superficiario constitui; idem in emphyteota, quia sunt quasi domini, licet quidam dicant quod ipse superficiarius non constituat sed verus dominus in solo cuius superficies est alterius, quasi ipse, cum habeat servitutem, alii cedere non possit...
>
> Sed certe non est servitus quam habet superficiarius sed dominium utile ipsius superficiei, quod est contrarium servituti, cum sua res nemini serviat» (15).

A parte una incertezza terminologica segnalata dalla qualificazione *quasi domini* applicata a superficiarii ed enfiteuti, la costruzione tecnica non soffre incertezze: la differenza di poteri fra superficiarii ed enfiteuti, da un lato, e titolari di una servitù prediale, dall'altro, sta nella profondamente diversa natura giuridica dei primi, che sono dei *domini* della cosa, anche se *utiliter domini*, e che del *dominium* serbano il contenuto più inconfondibile, e cioè il potere di costituire validamente sulla cosa degli *iura in re,* delle *servitutes;* potere negato al titolare di una servitù in grazia dell'inveterato principio che *servitus servitutis esse non potest.* Rilevante è la motivazione sistematica che il glossatore ne trae: *dominium* e *servitus* non sono istituti assimilabili, anzi un profondo fossato di indole logica li separa perché esprimono nozioni intimamente contrarie, fra loro ripugnanti.

Si dirà: il discorso della Glossa era facilitato dal suo originarsi in tema di servitù prediali, di situazioni cioè in cui di godimento minimo si tratta rispetto al godimento totale della cosa. Ma anche questo non è vero: l'*interpretatio,* anche se nasce da una glossa al libro ottavo del *Vetus,* concerne un problema teorico generale, e cioè il confronto fra due schemi universali di relazione del soggetto con la cosa, concerne non il rapporto fra il *dominium* e un certo tipo di servitù, ma piuttosto fra il *dominium* e la categoria della

---

(15) Ad l. Servitutes praediorum, glo. In solo (testo di riferimento: ed. Venetiis, De Tortia, 1487-89, rist. anast. Augustae Taurinorum, ex officina erasmiana, 1968 ss.).

servitus, che i glossatori sentono ancora unitaria e onnicomprensiva di servitù prediali e personali. Lo stesso tema scottante dell'usufrutto come servitù personale, con tutta la sua pienezza di godimento rispetto al nudo proprietario, con tutte le ambiguità terminologiche emergenti dai testi romani, lo sta a confermare; questo dell'usufrutto è un tema gremito di verifiche per lo storico della giurisprudenza medievale e anche delle sue scelte metodiche più elevate, e meriterebbe ben più degli accenni che qui se ne può dare. Contentiamoci di sfiorarlo per quanto attiene al profilo sistematico che interessa in questo saggio (16).

Conviene prender le mosse da un testo, che appare quasi una piccola silloge delle conclusioni dei glossatori sulla natura e struttura dell'usufrutto e che, pur non avendo il taglio teoricamente aguzzo di quello precedente, esprime una stessa convinzione tecnica. È una glossa anonima, che chiosa la definizione contenuta nelle Istituzioni giustinianee:

> «Est ius idest servitus et per hoc patet quod non loquitur de ipsis fructibus fundi, qui sunt corporales, imo de iure utendi... Sicque per hoc verbum, scilicet quia expono ius idest servitus, removetur vasallus, superficiarius et qui alias utile dominium habet. Item hoc ius est personale, quia cum persona extinguitur... item est forma quaedam a proprietate separata cum apud unum possit esse proprietas, apud alium ususfructus... Ius autem quod dominus fundi habet in fructibus percipiendis est cum causa idest cum proprietate» (17)

Dicevamo non a torto che di una piccola silloge si tratta: sono delineati chiaramente l'usufrutto formale e causale, l'uno servitù, l'altro — in qualche modo — *pars dominii,* l'uno esterno e l'altro

---

(16) Tanto più che l'unico saggio specificatamente dedicatogli risale, ohimé, a più di cinquanta anni fa, ed è la tesi dottorale di Pierre MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen Age et dans le droit français,* Dijon, impr. du Palais, 1933, un lavoro serio e documentato — anche se oggi insoddisfacente e non condivisibile in tante valutazioni — che denuncia la guida competente di quel notevole conoscitore della *interpretatio* medievale che fu Georges Chevrier. Siamo oggi lieti di preannunciare al lettore che, dietro nostro suggerimento, un bravo allievo della scuola storico-giuridica fiorentina sta dedicando una grossa fatica all'usufrutto nel diritto comune; un primo spezzone è stato già pubblicato, e di esso terremo conto nelle pagine che seguono (cfr. Giovanni ROSSI, *La natura giuridica dell'usufrutto nella sistemazione di Bartolo,* Firenze, Centro Duplicazione Offset, 1989).

(17) Institutiones, lib. II, tit. IIII — de usufructu, princ. glo. Est ius.

interno alla proprietà ma l'uno e l'altro incarnanti situazioni giuridicamente autonome. C'è, soprattutto, un usufrutto-servitù che è disegnato come realtà strutturalmente diversa dalla superficie e dal feudo: qui dei *dominia utilia,* ossia situazioni forti e fortemente radicate nel bene, lì uno *ius personale* che non ha maggior consistenza di una 'forma quaedam' (si noti l'uso riduttivo dell'aggettivo indefinito), di una 'forma corpori inhaerens' — dirà una glossa allo stesso testo ([18]) —, relativa sicuramente a una certa entità corporea ma che non riesce a eliminare la sua natura intimamente incorporea, insomma estranea alla sostanza della cosa corporale.

Tutto questo basta a rimuovere, a discostare l'usufruttuario dal superficiario e dal feudatario. Non si parla di opposizione logica con la nitidezza formale della glossa *In solo,* ma il significato non è gran che diverso. Il sistema dei diritti reali si fonda su questa solida bipartizione: da una parte, i *dominia,* un contenitore quasi illimitato nel cui interno han cittadinanza e prosperano anche le numerosissime situazioni di dominio utile; dall'altra, le servitù, prediali e personali, ivi compreso l'usufrutto. E saran proprio le esercitazioni ermeneutiche sulla *pars dominii* di romana memoria a confermare la solidità della bipartizione.

È noto che entro la compilazione giustinianea l'usufrutto viene misurato con lo schema concettuale della *pars dominii,* soprattutto in due celebri frammenti di Paolo: nel primo, inserito nel titolo 'de usufructu' del Digesto vecchio, il giureconsulto romano sembra ritenere corretta l'utilizzazione dello schema ([19]), nel secondo, collocato nel titolo 'de verborum significatione', sembra respingerla ([20]), Bandiamo ogni preoccupazione di valutazione squisitamente romanistica dei due frammenti paolini, ché sarebbe un fuor d'opera per il filo del nostro discorso, e constatiamo piuttosto come essi fungano da preziosa occasione per l'esplicitazione del disegno costruttivo del glossatore. La reazione al primo frammento è negativa:

> «Pars dominii, scilicet species, ut dominium sit quoddam totum con-

([18]) È la glo. Est autem, che recita: «scilicet ususfructus, idest servitus vel forma corpori inhaerens».

([19]) D. 7,1,4: «Usus fructus in multis casibus pars dominii est...»

([20]) D. 50, 16,25: «Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit.»

tinens sub se proprietatem nudam et usumfructum, et secundum hoc aliud erit proprietas nuda, aliud dominium plenum, ut arg. C. de acquirenda possessione, l. Per procuratorem, secundum P., vel verius dic similitudinem habet cum dominio, secundum R., non autem est pars praedicamentalis, quia sic esset dominium. Sic ponitur portio infra, De iis qui deiecerint vel effuderint, l. Si vero § Hoc edictum. Assimilatur autem, ut statim subijcit eadem lex et in quattuor casibus... Propter hoc autem dicitur pars dominii ut hic,non quod sit dominium... E contra in multis differt a dominio..." (21).

Chiara è soltanto la conclusione: l'usufruttuario, in forza della pienezza di godimento di cui è titolare, viene talvolta nella disciplina giuridica assimilato al proprietario, mostrando una *similitudo* con il *dominium;* unicamente sotto questo angolo d'osservazione l'usufrutto può essere qualificato *pars dominii. Pars* qui ha lo stesso significato che gli aveva dato Azzone (22) e che Accursio, in una glossa espressamente richiamata, attribuisce alla voce *Portio:* non frazione di un tutto con la conseguenza che la frazione partecipa della natura del tutto, ma soltanto simiglianza, il che vale asserire vicinanza ma anche estraneità alla natura del modello (23), Si noti: nella glossa ora citata Accursio esemplifica che *portio* ha la stessa funzione semantica di *pars* nella espressione *pars dominii* riferita all'usufrutto.

Certa, dunque, la conclusione sistematica: *domnium* e *ususfructus* hanno strutture giuridiche diverse. Meno certa la motivazione: l'interprete si limita a fare un piccolo inventario di autorevoli opinioni precedenti, cita con rispetto Piacentino e Rogerio, scegliendo la soluzione spicciativa della 'somiglianza'; che è appunto spicciativa, elusiva sul piano degli strumenti logici posti in essere (anche se non ignota ai dialettici), insoddisfacente proprio sotto il profilo della definizione sistematica. Si fanno però accenni preziosi — anche se non raccolti — alla nozione di *species* e di *pars praedicamentalis.*

Sarà merito della glossa al secondo frammento paolino — glossa

(21) Ad l. Ususfructus in multis casibus, glo. Pars dominii.

(22) Vedi il testo della 'Summa Codicis' azzoniana riportato alla nota 11.

(23) Ad l. Si vero § Hoc edictum, ff. de iis qui deiecerint vel effuderint (D. 9,3,5), glo. Portio est: «idest simile. Sic et alias dominii pars est ususfructus». La glossa è siglata «Accursius».

che riceverà l'elogio incondizionato dello stesso Bartolo (24) — di andare oltre e di fornire una motivazione culturalmente più appagante alla pur medesima scelta, che è di rifiuto dell'usufrutto come sostanziale *pars dominii.* Leggiamola con attenzione:

> «Scilicet pars idest species. Nam servitus alia est ususfructus, alia via, alia iter, et omnis species ut pars quantum ad suum totum habere se videtur. Est pars — dico — ut infra sicut via etc. Habes ergo hic quod ususfructus non est pars dominii... Sed alibi habes quod sic, ut supra, de usufr. l. IIII, quod est contra. Solutio: Ro. dicit quod hic de usufructu servitutis, ibi de causa utendi fruendi, dicit secundum H. vel hic de causali, ibi de formali. Plac. vero sic quod ususfructus est pars dominii et non est pars dominii, utrumque verum secundum dialecticos. Est pars dominii legalis, non est pars dominii praedicativa sive subiectiva, ut posita specie ponatur genus, ut homo ergo animal. Nam non sequitur: est fructus, ergo dominium scilicet plenum, sed est legalis idest integralis, quia simul iuncta proprietas et fructus faciunt dominium scilicet plenum...» (25).

Colpisce in questa glossa, così come in quella precedente, così come nei testi piacentiniano e azzoniano ricordati un po' più sopra, l'uso d'una terminologia che non è consueta nel vocabolario dei giuristi e che proviene da fuori dei loro laboratorii tecnici: qui *pars praedicativa,* là *pars praedicamentalis,* aggettivazioni che mantengono una completa oscurità se misurate alla stregua del linguaggio comune e dello stesso linguaggio giuridico, ma che acquistano chiarezza e significato se riconosciute nella loro pregnanza squisitamente filosofica. Infatti, *praedicativus, praedicamentalis* e il sostantivo *praedicamentum* cui fan capo appartengono al lessico tipico e inconfondibile della logica scolastica, da Boezio ad Abelardo a Gilberto de la Porrée a Giovanni da Salisbury (26) Nella traduzione latina della Isagoge di Porfirio, breviario e modello di tutto il futuro svolgimento scientifico, Boezio esprime con la voce *praedicamenta* i cinque schemi generalissimi, categoriali, con cui l'intelletto organizza e sistema la complessità del reale, e cioè *genus, species, differentia,*

---

(24) BARTOLO, ad l. Recte dicimus, ff. de verborum significatione, in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Digesti Novi partem,* Venetiis, 1615.

(25) Ad l. Recte dicimus, ff. de verborum significatione, glo. Servitutis sit.

(26) Si veda la ricerca assai seria di Gerhard OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz-Untersuchungen zur Methode der Glossatoren,* Frankfurt am Main, Klostermann, 1971 (per quanto riguarda le fonti filosofiche dei glossatori, cfr., in particolare, p. 17 ss.).

proprium, accidens (27), Tra questi, appunto, il genere e le varie specie, con un legame reciproco fra quello e queste e con una posizione di quello rispetto a queste, che sono peculiarissimi. Le *species* non si atteggiano rispetto al *genus* come la parte al tutto, bensì come lo specifico all'universale; con le due macroscopiche differenze da sottolineare marcatamente: che nella relazione *genus-/species* il *genus* è logicamente un *prius* e le varie *species* dei *posteriora* in cui il *genus* si distribuisce, e che, conseguentemente, il *genus,* proprio perché entità una e universale, impronta di sé tutte le *species;* che, invece, nella relazione *totum/pars* la parte è logicamente un *prius* del tutto che va a formare, che si pone quindi come *posterius* e che, conseguentemente, in quanto addizione di parti, mostra una separazione fra la natura delle varie parti e quella entità plurale e composita che viene costituita dalla totalità (28).

È senza dubbio a questa raffinata speculazione dialettica che si riferiscono i nostri glossatori; attingendo al vocabolario dei loici e al loro strumentario concettuale, lungi dall'impreziosire con qualche inutile lustrino l'arido discorso dei giuristi, essi riuscivano invece a fondarlo culturalmente, a rigorizzarlo e chiarirlo definitivamente, dimostrando la perfetta circolarità di una cultura al cui interno la scienza giuridica si pone come entità nè isolata nè separata ma in continuo rapporto simbiotico e osmotico con tutto il resto. Il ricorso alle supreme analisi categoriali dà rigore (29) alle scelte tecniche sull'usufrutto come possibile *pars dominii.*

Si potrà correttamente parlare di *pars* ma soltanto nel senso di una *pars integralis,* cioè di un elemento che congiunto con altri ed ad essi integrandosi concorre a formare la realtà composita del tutto; è

---

(27) *Porphyrii Isagoge-Translatio Boethii,* in *Aristoteles latinus*-I. 6-7, ed. L. Minio Paluello, Bruges-Paris, Desclée de Brouwer, 1966, p. 5.

(28) Illuminanti i testi abelardiani citati da Carlo PRANTL, *Storia della logica in Occidente. Età medievale* — P.I. *Dal secolo VII al secolo XII,* trad. ital. di L. Limentani, Firenze, La Nuova Italia, 1937, pp. 352-53. È doveroso ricordare che lo stesso Landsberg, nel suo vecchio ma pregevole saggio sulle concezioni proprietarie dei glossatori, non aveva mancato di segnalare la utilizzazione che questi avevan fatto dei testi di Boezio e del *Liber divisionum* di Pietro Abelardo (cfr. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum* cit., p. 95, nota 1).

(29) Rigoroso è il modo con cui si coglie il rapporto *species-genus;* meno rigorosa la identificazione iniziale fra *pars* e *species.*

il caso di due realtà eterogenee come la *proprietas* e l'*uti-frui,* che combinandosi insieme dànno quel risultato che è il *dominium plenum;* il quale — è questo il punto rilevante — non partecipa della qualità dell'elemento *uti-frui* ma lo serba soltanto racchiuso in sé.

Non sarebbe invece lecito sul piano logico parlare di *pars* nel senso di *pars praedicamentalis,* come se l'*usufructus* fosse una *species* del genere *dominium* allo stesso modo che l'uomo è specie del genere *animal.* Malgrado le differenze specifiche, una piattaforma unitaria li sorreggerebbe e il genere *dominium* come universale, come *prius* logico, non potrebbe non connotare di sé tutte le *partes,* anche *l'usufructus.* Se nel primo caso è assolutamente innocua la qualificazione di *pars dominii* perché non significherebbero mai, di per sé, partecipazione alla natura del *dominium,* nel secondo caso essa porterebbe al risultato obbligato che l'usufrutto è un *dominium.*

Tutto l'itinerario che precede ha per noi un notevole rilievo sistematico: sta a confermare nettamente, nella coscienza dei glossatori, l'estraneità dell'usufrutto alla sfera concettuale del *dominium;* tutta l'argomentazione filosofica, con la messa a punto di un significato plurimo di *pars,* serve per esorcizzare il richiamo normativo alla *pars dominii* e ridurlo in limiti affatto modesti ed innocui che lasciano l'usufrutto fuori dei confini sostanziali della appartenenza senza nessi con le situazioni di dominio utile. Il godimento, in quanto semplice *perceptio fructuum,* è situazione che necessariamente concorre a costituire il *dominium plenum* come *pars integralis,* che proprio per il suo facile staccarsi e ricongiungersi rispetto al *nudum dominium* ha una sua autonomia giuridica in ogni stadio, all'interno e all'esterno, come usufrutto causale o come usufrutto formale, ma nulla più di questo.

Si potrebbe aggiungere che, in una civiltà com'è quella dei glossatori ben attenta ai primordiali fatti economici della *utilitas rei* e dell'*uti-frui,* è facilissimo che dalla *utilitas* scaturisca una situazione dominativa e che nelle situazioni di *uti-frui* si incarni un *dominium,* però a condizione che quei fatti, sul piano antropologico prima ancora che giuridico, si inseriscano come supporto di una relazione diretta, frontale, continua fra soggetto e bene corporale, costituiscano l'esercizio di una attività imprenditoriale sul bene, come è sempre nel caso del contratto feudale, di quelli enfiteutico, livellario,

locatizio a lungo termine, superficiario, che prassi e scienza qualificano unanimi quali fonti di *dominia utilia.*

Tutto quanto si è accumulato fino ad ora ha il sapore d'una conclusione, ma le motivazioni non mancano e talora sono anche affiorate: l'opposizione *dominium-servitus* sottolineata da qualche testo, al di là della contrarietà puramente logica fra situazione di autonomia e situazione di dipendenza, attiene a ragioni di indole squisitamente tecnica, cioè di costruzione giuridica: la *servitus,* ogni *servitus,* anche la servitù personale d'usufrutto, costituisce, come è segnato chiaro nei testi romani, una *res incorporalis,* e già questa connotazione è sufficiente a collocarla al di fuori della appartenenza, che è e sarà sempre, in questa tradizione di cultura giuridica, addirittura fino alle nostre spalle, relazione con una *res corporalis.*

Questo, sta scritto con sufficiente limpidità negli incunaboli della *interpretatio* bolognese: «dominium tale ius est quo res ipsa corporalis mea fit... usufructus vero ius est quo non res ipsa, sed ipsius rei utendi potestas est mea» ([30]), e quando, tra le maglie della Glossa Magna, emerge la allarmata e lapalissiana riflessione che anche il *dominium* è uno *ius,* ed affiora legittimo il dubbio grave ed ingenuo di come si possa costruire una *vindicatio* per un diritto e cioè per una cosa incorporale, il dubbio perverso viene fugato insistendo tautologicamente proprio sull'oggetto del *dominium* e sul suo essere *dominium,* sul suo essere — in altre parole — situazione di autonomia sulla cosa: «item dominium est ius et res incorporalis; quomodo ergo vendicatur? Sed dic dominium in rem ratione dominii» ([31]). È grazie a un ragionamento così condotto che la stessa Glossa — l'abbiam visto più sopra ([32]) — stacca nettamente servitù e *dominia utilia.*

([30]) Così, per esempio, in una delle glosse — forse irneriane — al Digesto Vecchio pubblicate a suo tempo dal Besta (lib. septimus — De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur-Rubrica, in BESTA, *L'opera d'Irnerio* — vol. II, cit., p. 85). Ma un simile atteggiamento mentale si registra addirittura in un testo che potrebbe essere collocato — secondo l'ipotesi del Fitting, suo editore — in un momento immediatamente prebolognese. Cfr. *De natura actionum,* in *Juristische Schriften des früheren Mittelalters* hrsg. von H. Fitting, Halle, 1876, p. 127 ("sunt enim alie in rem acciones quibus non de dominio set de iure praediorum contenditur...»).

([31]) Ad §. Namque, Institutiones, de actionibus (INSTI, 4,6,4), glo. vendicet. La lezione riportata nel testo è quella che ci sembra anche la più ricevuta.

([32]) Cfr. più sopra, a p. 67 ss..

Siamo, dunque, di fronte a una sistemazione coerente che non soffre contraddizioni? Il messaggio delle fonti segnala intuizioni precise, diagnosi acute, messe a punto pregevoli e sul piano tecnico e su quello culturale; nè le pagine precedenti smentiscono un siffatto giudizio. Il quadro è tuttavia più complicato; il lavorio dei glossatori è più un punto di partenza che di approdo, è ridiscussione su tutto e un salutare rimescolamento delle carte; nè si può pretendere che l'acqua sia chiara, se la si agita di continuo. È doveroso pertanto segnalare aporie e antinomie, facilmente verificabili in un materiale solo artificiosamente appiattito ma storicamente assai stratificato come quello di cui è impastata la Glossa Magna.

Qua e là fa capolino la tentazione di vedere questo collettore del godimento della cosa che è l'usufruttuario come «instar domini» (33) e si può anche parlare, ma in modo vaghissimo e ambiguamente plurisenso, di un 'dominium in usufructu' (34). La categoria generale della *servitus,* comprensiva delle servitù prediali e di quelle personali, come si definisce nella sistemazione dei bizantini, non è mai smentita nè ora dai glossatori nè domani dai commentatori ma un minimo di inespressa insofferenza serpeggia di fronte a una creatura giuridica assai complessa e peculiare che è insuscettibile d'essere semplicisticamente appaiata a un diritto di passaggio o d'acquedotto; una creatura che lo sdoppiamento in formale e causale contribuiva vieppiù a complicare giacché si trattava di chiamare con la stessa terminologia situazioni sensibilmente differenti.

Talora, accanto a una nozione decantata e definita di dominio

---

(33) La terminologia è azzoniana. Il testo, cui ci riferiamo, è la glo. Quod. autem, ad l. Ait praetor, ff. de superficiebus (D. 43,18,1,6), dove ci si domanda la ragione per cui un usufruttuario — a differenza di un superficiario — non può costituire un usufrutto sul bene. La risposta è ben diversa da quella che ci saremmo aspettata ricordando gli sforzi di separazione fra *dominium* e *servitus*: «quare usufructuarius non sic? Responde quia fructuarius habet instar domini, unde duo non possunt esse in solidum domini».

(34) Cfr. ad l. Proprietatis, C. de probationibus (C. 4,19,4), glo. Proprietatis dominium: «idest dominium, quod est proprietas. Est enim et aliud dominium scilicet in usufructu, unde dicitur ususfructus est pars dominii», testo troppo vago per poter dedurre conseguenze precise, ma sconcertante proprio per quell'immotivato e generico richiamo al *dominium.*

utile, continua ad affiorare l'idea generica e confusa del *quasi-dominium* applicato non solo all'ipotesi della publiciana ma a tutti questi concessionari-imprenditori sul bene sui quali i glossatori non avevano tardato a esercitare le loro invenzioni costruttive (35).

Quel ch'è più grave, incongruenze si colgono perfino nella stessa intelaiatura sistematica. Com'è noto, nel piano della compilazione giustinianea, al libro sesto dei *Digesta* dedicato alla *rei vindicatio,* alla *publiciana* e al titolo *Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur,* seguono il libro settimo sull'usufrutto e l'ottavo sulle servitù prediali, mentre nel Codice al titolo XXXII del libro terzo sulla *rei vindicatio* fan seguito il XXXIII 'de usufructu et habitatione et ministerio servorum' e il XXXIIII 'de servitutibus et aqua'. Queste concatenazioni, se si porta alle sue debite conseguenze l'opposizione *dominium rei/dominium iuris, dominium rei corporalis/rei incorporalis,* dovrebbero essere còlte dall'interprete come segnate da una separazione o, per dir meglio, da una contrapposizione che, relegando il *dominium iuris/dominium rei incorporalis* tra i semplici *iura in re aliena* incapaci — per incapacità del loro oggetto — di incarnare situazioni dominative, vede nel trapasso un salto di piano a causa della diversità strutturale di *dominia* e *servitutes.*

Ma non è così. Nella Glossa accursiana il commento alla rubrica con cui si apre nel *Codex* il titolo 'de usufructu', commento siglato da Azzone e tolto pressoché di peso dalla *Summa Codicis* azzoniana, è disarmante: «De dominio corporalium dixit. Sequitur de dominio incorporalium... dictum est supra de dominio corporalium rerum, nunc tractare intendit de dominio incorporalium rerum, et praemittit de usufructu et habitatione et ministerio servorum...» (36). Quasi due capitoli di una stessa trattazione, quasi un complesso trattato sul *dominium* articolato per comodità espositive in due momenti legati da una piattaforma logica comune, una assoluta continuità logica dal titolo sulla revindica a quello sull'usufrutto, all'insegna di quell'u-

(35) Sintomatica la glo. Dominio, ad auth. Litigiosa, C. de litigiosis (C. 8,37): «Vel quasi dominio, ut per publicianam vel per aliquam utilem rei vendicationem, quae multae sunt, vel confessoriam pro usufructu, cum habeat instar proprietatis. Forte secus, quando de servitute rustica agitur. Item secus si agatur hypothecaria». Si veda anche la glo. Servitutes possunt, ad l. Et in provinciali, C. de servitutibus et aqua (C. 3,34,3).

(36) Ad rubricam C. de usufructu (C. 3, 33).

nico pilastro portante che è il *dominium,* quasi un *genus* che sorregge *species* diverse.

Nè l'esempio di Azzone, autorevolmente trasportato nella compilazione accursiana, è l'unico ([37]). Azzone è colui che ha parlato con più insistenza di una *similitudo cum dominio,* anche se l'ha fatto per negare nell'usufrutto la qualità di *pars praedicamentalis* e quindi un carattere intrinsecamente dominativo. Un accomunamento così vistoso e sicuro non è neppure in lui giustificabile, pur se la premessa sistematica non si pone smaccatamente antinomica con le affermazioni successive. Antinomica è una tal premessa sistematica, nel tessuto della Glossa Magna, almeno con quei frammenti interpretativi tutti tesi a separare logicamente, a porre confini di carattere logico prima che tecnico. Segno di una estrema eterogeneità e sparsità del materiale raccolto da Accursio, segno che, alle soglie del mezzo secolo tredicesimo, non tutto è risolto e decantato sui difficili e controversi problemi della sistemazione dei diritti reali limitati; ma conseguenza anche di una circostanza che va sottolineata: nell'analisi dei Glossatori è un pullulare di intuizioni vive, talora fondate su percezioni nettissime, ma manca uno schema generale interpretativo che organizzi e sorregga tutta la materia, gli offra quello scheletro teorico che è l'unico valido a evitare aporie e antinomie. Anche lo stesso discorso della *pars praedicamentalis* e *integralis,* che pure si originava in una utilizzazione assai provveduta della sapienza secolare dei dialettici, resta un discorso che avrebbe dovuto essere trasportato più oltre. È prezioso arrivare alla conclusione che anche l'usufrutto, la *dignior* fra le servitù, non incarna un *dominium,* ma è elusa la domanda che affiora incalzante subito dopo a chiedere la ragione costruttivo-sistematica di una siffatta estraneità. Questa esigenza di suprema limpidità teorica non trova enunciazioni sonore; la può soltanto leggere a fatica lo storico che si prenda carico di raccogliere e coordinare percezioni e affermazioni frammentate.

([37]) Vedi, per esempio, la *Summa Trecensis* (*Summa Codicis des Irnerius,* hrsg. von H. Fitting, Berlin, 1894, I. III XI — De usufructu et servitutibus tam personarum quam rerum,n. 1): «petuntur quidem per in rem actionem non tantum res corporales set etiam incorporales. Ideo premisso tractatu vendicationis corporalium rerum rationabiliter de incorporalium vendicatione adnectitur, veluti de servitutibus tam personarum quam rerum», dove è notabile la commistione delle azioni confessoria e negatoria tipiche degli *iura praediorum* nel *genus vindicatio.*

Diciamo meglio: non era ancora tempo per le enunciazioni sonore, se l'analisi continuava ad essere in atto e procedeva innanzi con fatica.

3. Il nodo dei problemi sui rapporti *dominia-servitutes,* lungi dal restare abbozzato coi contorni ricevuti nel grembo della Glossa Magna, ebbe la ventura di essere ripreso in quel clima vivissimo che è proprio della scienza giuridica francese fra Dugento e Trecento. Grazie al forte respiro culturale che circola in Università come Orléans e Toulouse una schiera di giuristi, congiungendo in sé una indubbia forza speculativa a una altrettanto indubbia preparazione tecnica, facendo della prima il fondamento e il supporto della seconda, arriva a quei risultati rilevanti di definizione e di revisione teorica che la storiografia giuridica da tempo riconosce loro.

Il nodo *dominia-servitutes,* dommaticamente così delicato, così difficile e per molti aspetti ancora irrisolto sul piano teoretico, non poteva non attrarre l'attenzione degli ultramontani. A due di loro certamente fra i più egregi del movimento, Pierre de Belleperche e Guillaume de Cunh, faremo riferimento, perché è grazie ad essi che il nostro problema subisce un'analisi chiarificatrice, proprio su quel piano sistematico che ci interessa. È un grosso passo innanzi. La strada per la sistemazione di Bartolo è spianata.

Il *punctum iuris* su cui incide a fondo il bulino di Pierre de Belleperche è la ragione del diverso trattamento del superficiario e dell'usufruttuario in ordine alla costituzione di servitù sul bene; il potere riconosciuto al primo viene disconosciuto al secondo. Il discorso prende avvio, com'è consueto nel maestro orleanese, dalle motivazioni della Glossa, che sono *truffae* e *burdae* nel suo icastico linguaggio (38) e che costituiscono la semplice occasione

(38) Questo linguaggio violento e piazzaiolo è tipico di Pierre (come è già stato sottolineato da E.M. MEIJERS, *L'Université d'Orléans au XIIIe siècle* — III — *Influence et caractère de l'école d'Orléans,* in *Etudes d'histoire du droit* — T. III, Leyde, Univ. Pers Leiden, 1959, p. 112). Per due esempi usati a proposito dei nostri temi, cfr. ad l. Si mater §. Eandem causam, ff, de exceptione rei iudicatae, n. 13 (D. 44,2,11.4), in PETRI A BELLAPERTICA... *Commentaria in Digestum Novum.* Francofurti ad Moenum, 1571 (rist. anast. Bologna, Forni, 1968): «Glo. male dicit. Supponit quod publiciana causatur ex utili dominio. Truffae sunt...»; e ad l. Qui usumfructum, ff. De verborum obligationibus (D. 45,1,58), *ibidem:* «dicunt ipsi: ususfructus est pars fundi interpretative ut quinque

dialettica per costruire antiteticamente la propria conclusione. Eccola:

> «Credo quod in usufructu possum ius ususfructus alii constituere sed quod pro me utatur possum alii constituere, hoc dicit l. supra, de usufructu legato, l. 1 ([39]). Praeterea hoc probatur ratione, quia servitutes sunt qualitates, ut supra, de verb. sign. l. quid aliud sunt iura ([40])- In aliquo ente potest ens constitui, sed quod in accidente constituatur aliud accidens non est dicendum...» ([41]).

La conclusione negativa, rispetto a quella della Glossa, non muta, giacché Pietro ammette una pseudo-costituzione di usufrutto, un secondo 'usufruttuario' che si pone però quasi un 'procurator' del primo; quel che è invece completamente invertita è la motivazione.

La Glossa, pur di giustificare il divieto fatto all'usufruttuario, in contraddizione con altre affermazioni di tenore opposto, aveva insistito sulla sua *similitudo* col *dominus* ed aveva spicciativamente invocato il principio 'duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest' per dichiarare inammissibili due usufruttuarii su uno stesso bene. L'orleanese preferisce scavare con pervicacia nella nozione di *servitus,* analizzandola alla luce di concetti fondamentali della speculazione filosofica e sottoponendola a un vaglio di carattere squisitamente razionale, *probatum ratione.*

Dire che la servitù è una *qualitas praedii,* come nel testo di Celso, vale filosoficamente dire che la servitù è un *accidens* del fondo rustico o urbano, un qualcosa che nulla ha a vedere con la essenza della cosa. E per avvalorare la scelta definitoria fatta e per vieppiù fondarla, ecco l'utilizzazione — che è palese nel testo — della opposizione fra *ens* e *accidens* impiegata in un significato non generico, al contrario ben specifico come giungeva ad avere nella grande rimeditazione della dottrina aristotelico-porfiriana degli ac-

---

sunt partes de decem vere, sed iter non est pars actus vere nec interpretative, unde praesumatur fieri novatio. Burdae sunt...».

([39]) D. 33, 2, 1 («nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legati potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit»).

([40]) D. 50, 16, 86 («quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?").

([41]) Ad I. Ait praetor i. quod autem, ff. de auperficiebus, n. 2 (D. 43,18,1,6).

cidenti in atto nella seconda metà del Dugento, soprattutto ad opera di San Tommaso. Il carattere primo dell'*ens* è la perfetta autonomia: «ens vero secundum quod habet esse, secundum quod habet quidditatem vel essentiam quandam»; quello dell'*accidens* è, per l'appunto, la sua eteronomia: «esse in subiecto non est definitio accidentis, sed e contrario res, cui debetur esse in alio, et hoc numquam separatur ab aliquo accidente nec separari potest, quia illi rei, quae est accidens, secundum rationem suae quidditatis semper debetur esse in alio».

Sono due passi limpidissimi tratti dal commento di Tommaso ai *Libri Sententiarum* (42). È sterile arrischiare l'ipotesi che Pierre li conoscesse, ma non è affatto sterile ipotizzare che il prete secolare Pierre de Belleperche, necessariamente edotto sui risultati della più recente speculazione teologico-filosofica, conoscesse bene la grande teorizzazione sugli accidenti operata dall'Aquinate (e non soltanto da lui) e circolante nelle scuole, e la applicasse come intelaiatura forte sui prodotti modesti e culturalmente deboli della scienza giuridica. Se contrassegno dello *accidens* non è l'*esse* — come per l'*ens* — ma è piuttosto lo *esse in alio;* se l'*accidens* non è pensabile di per sé, come entità indipendente, ma soltanto collegato con un' altra entità cui si appoggia e su cui si fonda; se tutto questo è vero, la sua nozione si attaglia alla perfezione a quella tecnica di servitù. La quale viene così a caricarsi di tutta l'incapacità, l'eteronomia, la fragilità del concetto di *accidens:* questo, come appendice di un qualcosa che gli è estraneo, come struttura eterodipendente, non può costituire la base logica per fondarvi non dico un ente ma nemmeno un altro accidente. La servitù, costruita filosoficamente come *accidens,* trova qui, in questa sua peculiarità, le radici della propria incapacità a esser fonte di ulteriori situazioni reali; ed ha qui, di conseguenza, la sua fondazione prima e ragionevole (cioè *ratione probata*) la massima inveterata che 'servitus servitutis esse non potest'.

Il passo petrino, oltre ad essere un significativo esempio del notevole respiro di un personaggio che sente le angustie di un diritto ridotto a mera tecnica, appare un momento abbastanza intenso

(42) Vedi i testi, riportati alle voci *ens e accidens,* in *A Lexicon of St Thomas Aquinas,* by R.J. DEFERRARI-M.I. BARRY, Baltimore, 1948.

nell'itinerario di decantazione della nozione di servitù. L'utilizzazione dell'istrumentario filosofico serviva a separare in modo indiscutibile *dominia* e *servitutes,* a farne, come nell'intuizione sepolta all'interno della Glossa, due *opposita,* due *opposita* sul piano logico prima ancora che sul piano tecnico. Tutte le implicazioni e complicazioni che ancora la Glossa mostrava fra appartenenza e *iura in re aliena* sembravano sciogliersi di fronte a una servitù ridotta a mero accidente.

Il sistema trovava invece una sua definizione rigorosamente logico-giuridica, qualche decennio più tardi, con il contributo di Guillaume de Cunh, professore a Tolosa, la cui operosità scientifica sembra doversi collocare soprattutto nel secondo decennio del secolo XIV ([43]). Se la puntualizzazione di Belleperche resta un fatto in sé conchiuso, la definizione di Guillaume è in relazione diretta e immediata con tutto il futuro svolgimento dottrinale; è, per esempio, la fonte conclamata della sistemazione bartoliana.

Nella *Lectura Codicis,* aprendosi al tema dell'usufrutto, discorrendo sulla rubrica del titolo, aggredisce il problema teorico come problema di costruzione d'una ossatura generale portante. Il discorso è succinto ma succoso, senza scialo d'immagini, senza ricorsi a sapienze estragiuridiche se non ai normali strumenti dialettici, sotto l'assillo d'un 'esigenza innanzi tutto definitoria (cioè di tracciare confini e contorni il più possibile netti):

> «Vides hic continuationem rubrice qualiter supra tractavit de dominio rerum corporalium nunc vult tractare de dominio rerum incorporalium et revoco in dubio nunquid in usufructu sit dare dominium. Glossa quod sic, sed istud videtur oppositum in obiecto, quod ususfructus et dominium sunt opposita... et hoc apparet ex diffinitione quod ususfructus est ius utendi fruendi alienis rebus salva rerum substantia... Quid dicendum? Glossa bene dicit isto modo quod ususfructus habet dominium iuris sui non tamen dominium proprietatis, quod apparet quod in rem actio datur usufructuario que non datur nisi domino... et sic dico quod habet usufructuarius dominium respectu sui iuris... ([44])

([43]) E.M. MEIJERS, *La première époque d'épanouissement de l'ensegnement de droit à l'Université de Toulouse (1280-1330),* ora in *Etudes d'histoire du droit,* T. III, cit., p. 187.

([44]) Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum (C. 3,33), in GUILHELMI DE CUGNO *Lectura super Codice,* Lugduni, 1513 (rist. anast. Bologna, Forni, 1968).

Due sono le puntualizzazioni rilevanti, che si concretano rispettivamente in un dissenso e in un consenso con le sistemazioni della Glossa.

Dissenso netto su un punto: non v'è continuità né logica né tecnica fra il titolo 'de rei vindicatione' e il titolo 'de usufructu', perché *dominia* e *servitutes* sono due *opposita,* sono due *opposita in obiecto.* Definizione finalmente netta di un dato sistematico di enorme rilievo, e non mancherà di sottolinearlo l'acuto ingegno giuridico di Bartolo, che terrà a ricordare l'analisi del tolosano. Il topos della continuità fra i due titoli non costituiva soltanto un'aporia della Glossa; per inconsapevolezza o almeno per pigrizia intellettuale aveva seguitato a stagnare anche dopo Accursio: se nelle *Lecturae* — l'una di non molto precedente, l'altra di non molto successiva — di Jacques de Revigny (45) e di Jacopo Bottrigari (46) il problema non è posto e il discorso resta vago, nella *Lectura* ciniana, che è all'incirca contemporanea, il 'peccato' della Glossa viene espressamente ripetuto e *res corporales* e *incorporales* sono accomunate sotto il profilo dell'azione all'insegna di un comune strumento di natura reivindicatoria (47).

L'intervento di Guillaume appare, dunque, davvero come il sasso lanciato nello stagno; e il monito che ne deriva è a non

---

(45) «dictum est supra de rei vendicatione quae competit pro rebus corporalibus; sequitur de incorporalibus pro quibus competit confessoria et negatoria» (*Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum,* in PETRI DE BELLA PERTHICA [ma in realtà, IACOBI de RAVANIS]... *Lectura... super prima parte Codicis...,* Parrhisiis, 1519 (rist. anast. Bologna, Forni, 1967).

(46) «dictum est supra de actionibus realibus quae pro rebus corporalibus competunt, nunc est videre de realibus que pro rebus incorporalibus competunt: et sunt negatoria et confessoria» (*Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum,* in IACOBI BUTRIGARII... *Super Codice... lectura...,* Parrhisiis, 1516 (rist. anast. Bologna, Forni, 1973).

(47) «dictum est supra de vendicatione rerum corporalium. Verum quia etiam incorporalia vendicantur... ideo videndum est de vendicatione rerum incorporalium» (*Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum,* in CYNI PISTORIENSIS..... *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi... commentaria ...,* Francofurti ad Moenum, 1578 (rist. anast. Torino, Bottega d'Erasmo, 1964). Un simile atteggiamento potrebbe essere spiegato dallo scarso interesse che Cino rivela per i problemi dogmatici di sistemazione dell'usufrutto e dei rapporti di questo col *dominium.* La trattazione ciniana sull'usufrutto ha carattere analitico e casistico, rifuggendo dai grossi nodi teoretici dell'istituto.

commettere dei 'peccati' tecnici che sono innanzi tutto degli svarioni di logica formale.

Il consenso con la Glossa è invece apparente, e apparente è il salvataggio che il maestro francese ne fa: la Glossa ha visto bene quando ha identificato il *dominium* dell'usufruttuario in un *dominium iuris* perché l'usufruttuario è soltanto *dominus* del proprio *ius,* cioè della propria situazione giuridica, cioè di una *res incorporalis.* Se non v'è continuità logica fra *dominium* e *servitus,* fra *dominium rei* e *dominium iuris,* si può solo dedurre che il salvataggio è formale perché è formale creare una piattaforma comune, il *dominium* che prescinde dal proprio oggetto, la quale uniforme non è ed è anzi composta di situazioni molto e troppo eterogenee.

Correttissimi, dunque, gli interventi di Guillaume sul piano definitorio: v'è uno stacco incolmabile fra *dominium* e *servitus*; per le *servitutes* — e quindi anche per l'usufrutto — si può parlare solo di *dominium iuris.* Insoddisfacente, invece, resta il discorso sul piano sistematico; su questo piano l'analisi è monca e attende una conclusione che non c'è. Il discorso è lasciato aperto proprio perché i due interventi definitorii non vengono saldati fra di sé, perché rimangono slegati. Questo sarà il compito e il merito di Bartolo. Il disegno architettonico sarà unicamente suo.

4. Prima di parlar di Bartolo, non vorremmo tuttavia omettere di segnare qui alcuni chiarimenti conclusivi sui rapporti fra *dominium utile* e *quasi dominium* che si maturano negli ultimi fertilissimi scorci del Dugento. Non vi abbiamo accennato nel paragrafo precedente perché il contributo determinante è di un giureconsulto toscano singolarissimo, per tanti versi *homo novus,* sensibile alle molte correnti di quel complesso spartiacque culturale, munito di una buona dose di spregiudicatezza, aggressivo e puntiglioso com'è tipico del carattere dei toscani: Dino del Mugello.

Si sa, per quel che ne abbiamo già detto più sopra, che il *quasi dominium* assume, nelle mani ancor grezze dei glossatori, il carattere di un contenitore generale che, lasciando il terreno della semplice publiciana, tende a ricomprendere una folta gamma di situazioni e anche tutte quelle situazioni reali atipiche che la nuova coscienza giuridica medievale sente emergere e incidere al livello della appartenenza; un territorio di figure sfumate, indefinite e indefinibili, che

legittima la genesi e il consolidamento del libello unitario escogitato dalla prassi avvocatesca in cui il *petens* dichiarava di avere la cosa 'iure dominii vel quasi'.

In questa visione conglobante, il *quasi dominium* veniva a confondersi col dominio utile, e lo stesso usufruttuario si trovava fregiato della qualifica di *quasi dominus*. In mezzo ad altri (48) tentativi di miglior precisazione di un tale nodo problematico, quello di Dino del Mugello appare connotato di maggiore incisività perché sorretto da una forte convinzione teorica e, come tale, assai influente nei tempi lunghi (per esempio, su Bartolo). È per questo che gli si offre qui qualche risalto.

Scrive Dino, nel suo commento al titolo 'de actionibus' delle Istituzioni (49), cercando di mettere ordine nel campo complicato delle azioni *in rem:*

> «Utilis in rem datur ratione utilis dominii. Item actio publiciana datur ratione quasi dominii. In hoc erraverunt glos. Dicunt quod ratione quasi dominii datur confessoria fructuario, item creditori [scilicet hypothecario].

---

(48) Uno è, per esempio, Pierre de Belleperche, che (il testo è stato da noi già citato alla nota 38) se la prende proprio con la Glossa per aver collegato indebitamente utile dominio e publiciana: «Glo. male dicit. Supponit quod publiciana causatur ex utili dominio. Truffae sunt. (cft. ad l. Si mater §. eandem causam, ff. de exceptione rei iudicatae, n. 13). Più complesso è l'approccio di Pierre con il dominio utile, un espediente della prassi che egli non discute e di cui prende atto senza difficoltà. Qualche difficoltà ha invece, più del suo maestro Jacques de Revigny, a metterlo sullo stesso piano del dominio diretto. Al quesito se un *dominus utilis* «agit et dicit rem suam, nunquid libellus debet cassari», Pierre risponde: «non obtinebit». Ma aggiunge, con un sentimento di desolazione, che c'è ormai una consuetudine invalsa a favore dell'utilista: «appellatione vini non continetur acetum, tamen [si] consuetudinem haberent appellandi acetum vinum, tunc intelligitur hic» (*ibidem,* n. 20). Sembra proprio che agli occhi di Pierre il dominio utile sia aceto. Testimonianza questa dell'approccio complesso che si ha presso gli ultramontani — secondo una tradizione dottrinale che risale a Bartolo — con la nozione di dominio utile.

(49) Testi di Dino meno significativi ma ugualmente chiari sono nei suoi commenti al Digesto Novo. Cfr. ad l. Cum postulassem, ff. de damno infecto (D. 39,2,44) e ad l. Et an eadem, ff. de exceptione rei iudicatae (D. 44,2,14) (in DYNI DE MUXELLO *Apostille super Infortiato et ff Novo,* Lugduni, 1513 (rist. anast. Bologna, Forni, 1971), testo importante quest'ultimo perché, a proposito della divisione del dominio, accenna a «omnem dominii qualitatem et per hoc utile et directum» considerando paritariamente i due *dominia* e affermando per il dominio utile il carattere di dominio sotto un profilo squisitamente tecnico.

> In hoc dicunt pessime. Creditores non habent dominium vel quasi, sed ius in re... fructuarius non habet dominium vel quasi, sed ius. Impossibile est quod ille qui habet usumfructum formalem habeat dominium, quia res sua non potest alicui servire... Ergo quod glo. dicit quod confessoria ratione quasi dominii datur fructuario et creditori est inconveniens et impossibile de iure. Ergo verum est et ita credendum est quod glos. intellexerunt quod rei vendicatio directa datur ei qui habet directum dominium... utilis datur ei qui est emphyteuta qui habet utile dominium... item superficiario... Publiciana datur ratione quasi dominii, ut ei qui emit a non domino quem credebat dominum... Publiciana pro servitute datur ei cui constituta est servitus ab eo quem credebat dominum» (50)

E ancora:

> «Modo restat videre utrum publiciana detur ratione dominii utilis vel quasi dominii. Dicunt quidam, et videtur mihi quod in ista opinione sit Rofred. et Glossa in lege Cum postulassem §. damni infecti, ff. de damno infecto [D. 39,2,44,1], et dicunt quod ille qui habet publicianam habet utile dominium, sicut enim dominium directum competit ex causa rei venditae sic utile ex causa publicianae. In veritate non intelligunt quod dicunt... Ideo vos habetis dicere quod tria sunt dominia, quorum unum non est alterum: dominium directum, utile et quasi dominium. Propter directum datur directa rei vendicatio, propter utile utilis ut quia emphyteuta, superficiarius vel qui praescripsit spacio X. vel XX annos. Qui habet quasi dominium habet publicianam. In hoc non erretis, licet aliquando viderim multos errare» (51)

Il giureconsulto parla per una sentita esigenza di chiarezza. Occorre soprattutto separare e distinguere laddove erroneamente si è mescolato e confuso. *Dominium directum, dominium utile* e *quasi dominium* ritrovano tratti specifici, funzioni specifiche e uno specifico campo di applicazione «quorum unum non est alterum». In particolare, il quasi dominio perde la onnivalenza di cui l'avevano caricato i glossatori e riprende il suo nesso esclusivo con la publiciana. In questo quadro articolato, mentre si riafferma per il dominio utile il carattere di *dominium* (è, come il diretto, una *qualitas dominii*

---

(50) DYNI DE MUXELLO *Tractatus de actionibus,* in *De actionibus tractatus clarissimorum... iurisconsultorum...,* Lugduni, 1568, §. Aeque, n. 22 (fol. 160). Su tutta la problematica relativa alla publiciana, cfr. R. FEENSTRA *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge,* in *Mélanges Philippe Meylan* — vol. I, Lausanne, Imprim. Centr., 1963, (ora in R.F., *Fata iuris romani-Etudes d'histoire du droit,* Leyde, Presse Univ., 1974, soprattutto p. 134-35).

(51) *Tractatus de actionibus,* §. Sed istae, n. 19 ss. (fol. 162)

— si precisa in un diverso testo diniano segnalato alla nota 49), lo si nega alle servitù prediali ed anche all'usufrutto.

La diagnosi giuridica porta a termine un procedimento di identificazione, di identificazione grazie alla distinzione, grazie a un'operazione — si direbbe —di ritrovamento e fissazione di confini prima sepolti.

5. Quando, dunque, Bartolo rimedita a fondo il problema dei *dominia* e tenta per primo (almeno per quanto ne sappiamo) di delineare un sistema complessivo dei diritti reali (complessivo e comprensivo di *dominia* e *servitutes*), si presupponevano a lui tentativi di approfondimento di indubbio valore provocatorio: l'analisi dei glossatori, pur con le sue incertezze, pur con le sue claudicanze, pur con il suo carattere di ricerca ancora allo stato di abbozzo, offriva elementi preziosi di riflessione ed alcune messe a punto di notabile acutezza; dai francesi eran venuti contributi teoricamente assai ricchi che avevan dato respiro all'arido problema tecnico; dal Mugellano si era messo un maggior ordine nel ginepraio dei *dominia.* Ora, al termine d'un lungo e tormentato sentiero d'indagine, si era in grado di ricomporre le tessere sparse in un mosaico organico, di passare dal piano definitorio a quello sistematorio. E Bartolo, anche per capacità costruttive, era l'uomo adatto.

Il suo merito non è infatti di aver plasmato i singoli elementi: questi sono stati, per buona parte, individuati dalle ricerche precedenti, ed è dai precedenti laboratorii che egli li ricava. In sua mano ricevono però una valorizzazione particolare nel momento in cui essi sono comparati e coordinati, composti in una visione generale ed organica. La novità bartoliana è l'osservatorio sopraelevato e dominante da cui si guarda il tutto e da cui soltanto si può tracciare un' architettura onnicomprensiva, un' architettura che riassorba e vanifichi le aporie e le antinomie di cui era costellata la Glossa. Il merito di Bartolo sta qui, e non è di poco conto.

Partendo da una inespressa ma precisa coscienza delle passate aporie, il primo passo che egli compie è quello di fissare una categoria universale, il *dominium,* con la dichiarata convinzione che non si tratta di una categoria unitaria, ma anzi estremamente eterogenea e difforme, contenitrice di realtà intrinsecamente diverse se

non opposte. È nella premessa alla sua celebratissima definizione di *dominium rei:*

> «Quaero quid sit dominium, et potest appellari largissime pro omni iure incorporali, ut habeo dominium obligationis, ut puta ususfructus... et isto modo non assumo hic, sed prout dominium cadit in rebus corporalibus, et hoc modo loquitur titulus de acquirendo rerum dominio et Instit. primo ponit de rerum divisione, postea de servìtutibus et usufructu et usu et habitatione, ut ostendat quod aliud sit dominium in rebus corporalibus quam in incorporalibus. Quid ergo est dominium? Responde: est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur ... de re corporali dixi ad differentiam incorporalium, in quibus non cadit dominium proprie» (52).

Si direbbe quasi la volontà puntigliosa di segnare le disomogeneità, di avvertire che le disomogeneità sono tali da impedire l'unitarietà della categoria *dominium,* da condannare la categoria a un rango puramente nominale se essa è tanto larga da ospitare *dominia propria* e *dominia impropria.* In più, un'idea ineliminabile al fondo: che l'unità di misura per calcolare la 'improprietà' di un dominio resta sempre e soltanto il *dominium rei corporalis,* al di fuori dei cui confini ogni *dominium* non è più un contenuto di poteri identificabili per la sua corrispondenza all'appellativo ma una forma vuota suscettibile dei contenuti più difformi (tant'è vero che si parla di *dominium obligationis* e di *dominium ususfructus*).

Che senso ha, da parte di un giureconsulto provvedutissimo, proporre una categoria così priva di legittimazione tecnica? E quale funzione può avere? Gli scopi sono due: è innanzi tutto una risposta alle fonti raccolte nel *Corpus* giustinianeo, che esattamente in tema di *dominium* offrivano un caleidoscopio dei più variegati; è un modo per far risaltare che il *dominium* proprio è uno solo e tutti gli altri sono altra cosa perché i confini del *dominium largissime sumptum* esorbitano tecnicamente i confini del *dominium proprium.* Per venire a noi e ai nostri specifici problemi, lo scopo era di devitalizzare e degradare tutto ciò che si situava fuori di questi ristretti confini, tutti dominii nominali privi però della sostanza del dominio assunto a unità di misura. Bartolo è esplicito: «quod aliud sit dominium in

(52) Ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 4 (D. 41, 2, 17, 1), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem,* Venetiis, 1615.

rebus corporalibus quam in incorporalibus». Come aveva già sottolineato Guillaume de Cunh, la continuità nella compilazione fra le trattazioni della *rerum divisio* e delle *servitutes* è puramente estrinseca, una consecuzione apparente che segna cronologicamente e non logicamente un prima e un dopo.

Nel commento alla rubrica 'de usufructu' del Codice — luogo ormai consueto per le riflessioni dei giuristi — Bartolo, facendo suo perfino lo stesso linguaggio di Guillaume, scrive:

> «Rubrica nostra continuatur secundum glossam nostram sic: dictum est supra de dominio rerum corporalium, sequitur videre de dominio rerum incorporalium, ut usufructus, usus, etc. Ista continuatio videtur posse impugnari. Et videtur quod hic sit oppositio in obiecto.
>
> Nam usufructus est ius utendi fruendi alienis rebus, sed Glossa secundum istam continuationem videtur concludere quod usufructuarius sit dominus. Quare male. Potes salvare glossam secundum Gul[ielmum] de Cu[neo] et dicere quod usufructuarius, habito respectu ad ius quod habet in re, potest dici dominus ipsius» ([53])

Il disegno comincia a disvelarsi meglio. Quel che preme a Bartolo è rompere la continuità logica, segnare il salto logico che separa *dominia* e *servitutes,* sottolineare che siamo di fronte a due nozioni contrarie. Se di *dominium* si può parlare per le servitù, è soltanto di *dominium iuris,* cioè di appartenenza di un ente astratto — lo *ius* —, che può essere ora *ius utendi,* ora *ius aquaeductus,* ora *ius aquae haustus,* e così via, ma che non ha nulla a che vedere con la concretezza del reale. I *dominia iuris* andavano pertanto collocati in un campo logico in cui non ci fosse pericolo che venissero scambiati e confusi con le situazioni di appartenenza della cosa. Da qui il limbo di un *dominium largissime sumptum.*

Il disegno si disvelera però appieno, quando Bartolo, affrontando il vecchio nodo dell'usufrutto come *pars dominii,* renderà ancor più palese la propria architettura tecnica:

> «Sciendum est quod unum est totum integrale et partes integrales, ut domus quae consistit ex suis partibus. Item decem consistunt ex quinque et quinque et sic in aliis numeris et corporibus. Quoddam est totum universale et partes subiectivae seu praedicamentales, ut genus et species. Nam animal est genus et sic totum, quia subijciuntur dicto generi et praedicantur de

([53]) Ad rubricam tit. de usufructu et habitatione, n. 1 (in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Codicis partem, Venetiis, 1615).*

genere, quia si dico 'homo est' sequitur igitur 'animal est' et sic dicitur pars praedicamentalis. Hoc praemisso, dominium potest accipi pro quodam genere, pro dominio pleno, ut supra, de acquirendo rerum dominio, per totum. Item pro proprietate nuda.

Item pro usufructu simplici. Item pro usu. Omnis nam qui habet aliquod ius in re potest recte dicere: ego habeo dominium illius iuris... et isto modo assumendo dominium, recte dicimus quod ususfructus est pars dominii, hoc est species et sic pars subiectiva seu praedicamentalis... Alio modo potest intelligi fundus pro dominio pleno, hoc est pro pleno iure fundi, et sic accipimus hic dominium non pro genere sed pro una specie, scilicet pro dominio pleno. Et isto modo, si ususfructus accipiatur ut servitus, est species distincta a dominio, si accipitur ut commoditas, tunc est pars integralis fundi seu dominii, quia ex proprietate et usufructu constituitur istud totum integrale scilicet fundus seu plenum dominium» (54)

Dominium è una nozione relativa, cioè con molteplici significati nell'universo del diritto. Può essere la categoria larghissima, fin troppo larga, di cui Bartolo ha discorso prima, e qui trovan posto il pieno dominio, la nuda proprietà, l'usufrutto, l'uso, quindi anche tutte le titolarità di *iura in re,* tutte le situazioni per cui posso dire: (ego habeo dominium illius iuris). Può essere anche la *species* dominio pieno, dominio pieno di una cosa. A seconda che si assuma nella prima o nella seconda accezione, l'usufrutto si atteggerà diversamente come *pars*: nella prima accezione, considerato nella sua veste autonoma di usufrutto formale, di servitù, di proprietà del diritto di usufrutto, sarà *species* di un *genus* e si porrà come *pars praedicamentalis,* nella seconda, considerato come usufrutto causale e articolazione interna al *dominium,* sarà parte di un tutto e si porrà come *pars integralis.*

Come si vede bene, avevamo perfettamente ragione di dire che Bartolo utilizza materiali già messi in opera nei laboratorii precedenti: *totum* e *pars, genus* e *species, pars integralis* e *pars praedicamentalis* sono il corredo che gli viene fornito dalle analisi dei glossatori. Egli si limita a coordinare e organizzare unitariamente il loro discorso frammentato e talora perplesso unificandolo sotto l'insegna di una nozione estremamente relativa di *dominium.* Su un

(54) Ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 3 (D. 45, 1, 58), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Digesti Novi partem* cit... Sulla costruzione bartoliana dell'usufrutto non si può che rinviare alla recentissima e assai documentata indagine di ROSSI, *La natura giuridica dell'usufrutto nella sistemazione di Bartolo* cit.

punto la concordanza è totale: l'usufrutto rispetto al dominio pieno, se è formale, è servitù, e quindi realtà completamente diversa; se è causale, non può che essere parte di un tutto ma soltanto come *pars integralis,* entità che, sommata ad altra (la nuda proprietà), ci dà un tutto che è realtà diversa dalle singole entità; è invece pienamente da respingere, in questo caso, l'idea della *pars praedicamentalis* che evoca il rapporto genere/specie. Questa sarà la qualificazione corretta dell'usufrutto rispetto al *dominium in genere: dominium iuris* come *species* del genere *dominium largissime sumptum.*

Due notazioni conclusive ci sembra di dover segnare.

Che il risultato non è difforme dalla linea che abbiam visto percorrere tutto l'itinerario dei glossatori, ed è la sostanziale estraneità di ogni servitù e anche dell'usufrutto causale in quanto *commoditas* dalla sfera sostanziale del *dominium.* Ricomprendere infatti il *dominium iuris* sotto la vaga copertura del *dominium* generico, ammettendo che si tratta comunque di *dominium* improprio, vale ad escluderlo, vale — ripetiamolo ancora una volta — a marcare il confine e la separazione con il *dominium* proprio.

Che, se v'è un atteggiamento nuovo in Bartolo, è la maggiore spregiudicatezza o, se vogliamo, il minor rigore filosofico nell'uso di categorie come genere e specie. Piacentino, Azzone, la Glossa Magna erano stati lettori attentissimi dei dialettici, avevano assorbito quelle categorie nella loro specifica pregnanza filosofica e le avevano usate con estrema cautela sapendo di maneggiare strumenti delicatissimi. 'Non est praedicamentalis, quia non est dominium' afferma Piacentino, 'non enim est pars praedicamentalis ut dicatur dominium' ribadisce Azzone, e nella Glossa recettiziamente si ripete: 'non autem est pars praedicamentalis quia sic esset dominium' frasi tutte dove abbiamo creduto di cogliere una nozione di *species* come partecipativa della natura del *genus* e, nell'animo dei giuristi, il timore di una conseguenza inevitabile a livello tecnico ove si fosse adottato un determinato schema dialettico. Il *genus* costruito da Bartolo è uno schema categoriale slabbrato, un contenitore di realtà disomogenee, come abbiamo *in limine* precisato. Ora se ne capisce il motivo: perché ciò avrebbe reso innocuo sul piano tecnico l'uso dello schema dialettico *genus/species.* Dire che il *dominium iuris* è *species* di un *genus* così largo e così improprio di *dominium* non ha

nessuna conseguenza sulla natura della servitù, che è e resta non autenticamente dominativa.

Il *dominium* autentico non può non essere *dominium rei corporalis,* non può non essere l'approccio-confronto fra uomo e cosmo, soggetto e cosa. Prima ancora che un dato tecnico è questa una acquisizione antropologica tenacemente abbarbicata alla coscienza giuridica dell'Occidente secondo un filo conduttore che va dalle costruzioni classiche al BGB. La servitù è fuori di questo schema, è quindi soprattutto antropologicamente ben più fragile; è un *accidens,* diceva cogliendo nel segno Pierre de Belleperche. La sistemazione di Bartolo è un passo ulteriore dopo glossatori e ultramontani, e la sua separazione fra *dominia* e *servitutes* nasce e si fonda su una siffatta nozione di 'servitus'. Dirà egli, dietro Oldrado, dando una ragione soddisfacente del principio generale *servitus servitutis esse non potest:*

> «quia servitus est quaedam qualitas, non autem substantia, l. Quid aliud, infra, de verborum significatione [D. 50,16,86]. Cum ergo qualitas non possit esse sine subiecto, l. 2, supra, de usufructu [D. 7,1,2], de necessitate concluditur quod servitus servitutis esse non potest sicut non potest esse qualitas qualitatis, quia requirit substantiam aliquam in qua sit» ([55])

È lo stesso identico discorso di Belleperche tradotto nel vocabolario consueto dei giuristi, non più *ens* e *accidens,* ma *substantia* e *qualitas.* La *servitus* non è dato strutturale, non attiene alla cosa e alla sua essenza; *forma, habitus, qualitas* ([56]) diranno variamente i giuri-

---

([55]) Ad l. Nec usus, ff. de usufructu legato, n. 7 (D. 33,2,11, in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Infortiati partem,* Venetiis, 1615.

([56]) Bartolo, che nel commento più sopra citato (nota 55) alla l. Nec usus, sembra ritenere conveniente il sostantivo *qualitas* non solo per gli *iura praediorum* ma anche per l'usufrutto, mostra un avviso radicalmente diverso nel commento alla l. Servitutes (quarta), ff. de servitutibus, n. 7 (D. 8,1,4) (in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Veteris partem,* Venetiis, 1615): «dices tu: ususfructus est servitus et licet non inhaereat ossibus usufructuarii, tamen ipsi praedio imprimit quandam qualitatem seu quendam characterem... Responde: non est verum. Nam servitus est quaedam qualitas ipsius fundi; propter hanc nam servitutem fundus dominans est melior et iste est deterior. Ususfructus non est qualitas praedii, quia talis est fundus, in quo alteri debetur ususfructus sicut si nemini deberetur, sed per usumfructum diminuitur ius dominii, non fundi...» Un segno affiorante del disagio a soffocare interamente, entro la categoria unitaria delle servitù, l'usufrutto come servitù personale; un segno che gli si riconosce

sti, ma il significato è sempre uno: fragilità di questa creatura che si adagia sulla cosa senza radicarvisi. Rispetto alle servitù la sostanza della cosa rimane intatta. Siamo all'opposto di ogni vero dominio, che significa prima di tutto radicazione *in re,* nella natura intima della *res.*

Per questo il campo dei poteri d'un titolare di servitù è ristretto, anche dell'usufruttuario che è pure il più anomalo e ambivalente; gli è precluso, per esempio, anche lo strumento della *nunciatio novi operis,* come è segnato con chiarezza fin nel frammento ulpianeo con cui si apre il titolo apposito del Digesto. Se Bartolo si interroga sui motivi, non esita a ritrovarli nella natura stessa dell'istituto:

> «Et quae sit ratio quod [usufructuarius] potest nunciare procuratorio nomine domini et proprio non? Dic quod non habet dominium, sed ius usufructus, quod de facili potest amitti. et sic quia habet ius debile, non potest suo nomine nunciare. Sed quare procuratorio nomine potest? Dic quod eo ipso quod constituit eum usufructuarium, videtur eum facere custodem et procuratorem generalem in illa... Item, quid in emphyteusi et feudatario? Et responde: isti possunt suo nomine... (57)

Ritorna il solito contrappunto fra l'usufruttuario — da un lato — e l'enfiteuta e il feudatario — dall'altro, tra la situazione di eteronomia del titolare d'una servitù, sia pure della *dignior* tra le servitù, e l'autonomia che è propria di ogni situazione di dominio utile. Le diversità nella disciplina giuridica trovano una giustificazione prima e probante in quella autonomia che è assente nei primi ed è invece presenza caratterizzante dei secondi. I primi potranno agire soltanto a titolo procuratorio, i secondi in nome proprio per il fatto elementare che sono *domini rei.* In Bartolo il dominio utile riceve la sua consacrazione proprietaria anche a livello sistematico, e pertanto la sua inconfondibile tipicità rispetto all'usufrutto. La sistemazione operata una volta per tutte nel commento famoso alla

---

caratteri suoi propri e peculiari, i quali però non arrivano a smentire l'unità della categoria.

(57) Ad l. Hoc edicto §. usufructuarius, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 e 15 (D. 39, 1, 1,20), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem* cit. Per amor di precisione si deve qui aggiungere che, a differenza dell'usufruttuario, malgrado la estrema fragilità della propria posizione, il titolare di servitù prediale può denunciare *suo nomine* la nuova opera, e ciò per speciali motivi che non è il caso di esaminare.

l. Si quis vi — di cui abbiamo poco sopra esaminato solo la parte che qui ci interessava ma di cui abbiamo in altra sede valutato la rilevantissima analisi a proposito della pluralità dei *dominia* (58) — dopo aver scisso *dominium rei* e *dominium iuris,* inserisce a pieno titolo il direttario e l'utilista fra i proprietari della cosa, ciascuno con una propria sfera giuridica autonoma e differente. Se «appellatione dominii intelligimus de dominio directo simpliciter loquendo» (59), se il dominio utile — come diranno tutti i giuristi del commento — è còlto come un *dominium secundum quid,* cioè ben incarnato nella concreta dimensione economica della *res,* quell'enfiteuta che «agit rei vendicatione simpliciter dicendo se dominum» vedrà riconosciuta la sua azione processuale giacché «in dubio, loquendo de dominio, videtur quis loqui de eo quod ad se pertinet» (60) Due *qualitates dominii in esse* (61), due sostanze dominative sulla medesima cosa. Nello stesso tempo, perfettamente in linea con un tale processo di chiarificazione, la definitiva distinzione teorica fra dominio utile e quasi dominio e la confinazione di questo nel solo ristretto campo della publiciana: «aliud est dominium directum et aliud utile, aliud quasi dominium» (62)

6. Bartolo chiarisce e sistema il complesso annodamento problematico in un modo che sembrerà definitivo nello svolgimento

---

(58) Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale cit.,* p. 153 ss.

(59) Affermazione comune; vedine un esempio nel commento ad l. Agri civitatum, ff. si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur (D. 6,3,1,1), n. 1, in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Veteris partem,* Venetiis, 1615.

(60) Vedine un esempio nel commento ad l. Sed et si possessori §. item si iuravero, ff. de iureiurando, n. 2 (D. 12,2, 11,2 I, in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem,* Venetiis, 1615.

(61) La definizione — incisiva — è di Baldo (cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nella esperienza giuridica medievale* cit., p. 203)

(62) Ad l. Si cui aqua §. denique ait, ff. de aqua pluvia arcenda, n. 10 (D. 39,3,1,23) in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem* cit. Assai interessante anche il commento ad l. Si mater §. eandem, ff. de exceptione rei iudicatae, n. 3 (D. 44,2,11,4), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem* cit., dove si precisa che, quando si afferma in un libello 'rem pertinere ad me iure dominii' «dominium videtur deducere scilicet directum vel utile, non tamen quasi dominium».

futuro del diritto comune; a lui si rifaranno gli interpreti del tardo commento e, per il tramite di questi, i sistematici quattrocenteschi.

Esaminarlo nella sua relativa solitudine era pertanto non solo storiograficamente corretto ma doveroso.

Dopo di lui un sostanziale riecheggiamento delle sue tesi percorre l'analisi dei giuristi, che si limitano ad apportare — e lo vedremo — unicamente delle variazioni sul tema. Ed è perciò che coglieremo e seguiremo unitariamente il grande coro dottrinale, memori di quella elementare verità storica che il diritto comune è una realtà soprattutto corale, non una costellazione sparsa di stelle fisse ma un ceto di giuristi che lavora sorretto da una coscienza unitaria e orientato da un progetto unitario in una maniera niente affatto dissimile dalle corporazioni di quegli ignoti artefici che costruivano le cattedrali cittadine.

Nel coro, una voce dopo Bartolo merita però di non essere soffocata; ed è quella di Baldo: nella sua analisi di personaggio speculativamente assai dotato si assiste a uno scavo di approfondimento e a una dilatazione argomentativa che — pur nel solco della sistemazione bartoliana — meritano un momento di autonoma attenzione; in lui è inoltre palese, più che in Bartolo, una maggiore insofferenza a seppellire l'ambivalente istituto dell'usufrutto nella categoria generale delle servitù (che tuttavia continua a non essere né smentita e neppure discussa).

La ricchezza intellettuale di Baldo, al di là delle rischiose valutazioni dei talenti squisitamente personali, è di essere, assai più di Bartolo, uno *iurisperitus* autenticamente tridimensionale: non il solito giurista di diritto comune che non può non aver familiarità con le fonti e la letteratura del diritto canonico e feudale accanto a quelle più propriamente di *ius civile,* ma lo scienziato che dedica alle Decretali e agli Usi dei feudi un impegno pari allo zelo dimostrato nei commenti al Digesto e al Codice e che rivela altresì una pari preparazione. Baldo, insomma, va ben oltre la larghezza di sguardo che il diritto comune richiede ai suoi cultori ed è protagonista anche nelle particolari storie letterarie della canonistica e della feudistica. Sarà dalla felice simbiosi delle tre dimensioni che il perugino trarrà occasione per scavare più a fondo.

Proprio il Baldo canonista, comparando e quasi soppesando le due nozioni di *servitus* e di *iurisdictio,* riesce a mettere a fuoco a un

livello teoreticamente convincente i confini insormontabili fra *servitus* e *dominium*. È un testo poco o punto noto, ma di estremo rilievo:

> «Quaero utrum servitus sit magis annexa fundo quam iurisdictio territorio. Et videtur quod non, sed sunt paria. In contrarium videtur, quia servitus non potest esse sine fundo, et ideo servitus servitutis esse non potest. Nam secunda servitus non esset in fundo, sed in quodam intellectuali et totaliter incorporeo, sed iurisdictio potest esse sine territorio, sicut potest unus rex habere iurisdictionem in aliqua parte territorii alterius regis. Modus ergo essendi servitutis est modus annexionis, sed modus essendi iurisdictionis est modus dominandi et quoddam quid magis abstractum quod intellectu et potestate percipitur... Non est inconveniens dicere quod iurisdictio iurisdictionis esse potest, ut si habens iurisdictionem directam concedit alteri utilem, ut in feudis. Sic et utile dominium est quaedam inferior proprietas; numquam autem quis proprie loquendo vocabit servitutem utilem proprietatem, immo incompatibile est quod eiusdem rei quis habeat proprietatem et servitutem, quoniam res sua nemini servit, unde distinguuntur ab invicem per modum oppositionis (63).

Il raffronto fra *servitus* e *iurisdictio* si traduce in una contrapposizione fondamentale tra due opposti *modi essendi,* incentrato l'uno sulla naturale eteronomia — la *annexio,* cioè la vocazione di una entità *totaliter incorporea* ad essere appendice di un *corpus* —, l'altro sulla naturale autonomia — la *dominatio,* cioè la capacità a stare per sé e da sé in grazia di una autonomia di valori intrinseci; e poiché la *iurisdictio* è un *modus dominandi,* è l'espressione del genere *dominium* in tutta la sua latitudine, il primo raffronto ha un proseguimento logico, quasi un ulteriore argomento corroborativo, nell'opposizione *servitus-dominium utile*: il *modus dominandi* è così radicalmente opposto al *modus annexionis* che nessuno si sognerebbe mai — almeno su un piano di uso corretto di concetti e vocaboli giuridici — di qualificare come servitù delle realtà intimamente dominative, anche quel dominio utile che è *proprietas inferior* ma che sempre *dominium* è, e, in quanto tale, appartenente a un universo in cui le servitù non han cittadinanza. Esse non attengono alla *substantia rei;* costituiscono degli *iura semiplena* a fronte di quello *perfectum et plenum* che è il *dominium* (64); come tali — dirà

---

(63) BALDO, ad Cap. Uno delegatorum, X de officio delegati) nn. 14 e 15 (EXTRA, 1,29,42), in BALDI UBALDI perusini... *In Decretalium volumen commentaria...,* Venetiis, 1595.

(64) Ad l. Data opera, C. de iis qui accusare non possunt, n. 28 (C. 9,1,11), in

Baldo ripetendo la qualificazione che è già nelle fonti romane — rappresentano soltanto «quaedam qualitates» (65) o — dietro gli ultramontani, riferendosi alle servitù prediali — dei puri *accidentia* (66).

Per le servitù prediali, inerenti sempre a esigue porzioni di godimento (un passaggio, un acquedotto, un attingimento, uno stillicidio) di quella realtà complessa che è il fondo, soprattutto il fondo rustico, il discorso è, in verità, semplice. Il nodo vero, la costruzione ostica, è per ogni giurista di diritto comune l'usufrutto, anche per Baldo, il quale sembra, su questo punto, limitarsi a sviluppare la traccia ferma segnata dal suo maestro. La premessa è, come per Bartolo, la creazione di un *dominium* generico, che valga da contenitore onnicomprensivo; è il modo per restare formalmente in pace con le fonti romane:

> «Quoddam est dominium, quod dicitur proprietas, et istud est dominium directum. Quoddam est dominium, quod dicitur utile dominium, et istud non est proprie proprietas, sed interdum est sub proprietate, idest subalternatur, ut est dominium hypothecae, interdum contrariatur, ut dominium praescribentis. Tertio modo dicitur dominium adhuc magis distensive, ut dominium ususfructus et dominium cuiuslibet servitutis. Item habentes preminentiam in subditos appellantur domini et hoc vocabulum in libello prolatum secundum qualitatem personae debet intelligi» (67).

BALDI UBALDI perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI Codicis libros commentaria* Venetiis, 1577: «sed numquid iura sunt substantiae et qualitates? Et videtur distinguendum. Nam quoddam est ius perfectum et plenum, ut ius dominii, quoddam semiplenum, ut servitutis, quoddam minimum, ut nudae possessionis... Servitutes vero videntur esse quaedam qualitates prediorum et iurisdictio videtur esse quaedam qualitas territorii... et quod ista iura sint qualitates bonorum et non sint bona videtur probari in l.I. de usufructu legato». È da notare — sia pure di sfuggita, perché non attiene al nostro obbietto — che qui la *iurisdictio* è vista in modo sensibilmente diverso dal testo citato alla nota 63, dove essa era sorpresa come *modus dominandi* da contrapporsi al *modus essendi* delle servitù

(65) Vedi la citazione della nota 64.

(66) Ad auth. Et qui iurat, C. de bonis authoritate iudicis possidendis, n. 29 (C.7,72), in BALDI UBALDI perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI. Codicis libros commentaria* cit.: «servitutes praediorum sunt quaedam accidentia, quae non praesumuntur» (la regola è la libertà del fondo, che si presume sempre libero).

(67) Ad l. Proprietatis, C. de probationibus, n. 1 (C. 4,19,4), in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria,* Venetiis, 1577.

Dominium non è soltanto quello diretto e quello utile (nelle due forme consuete (68)), ma anche l'appartenenza di un semplice diritto di passaggio, ma anche la generica situazione di superiorità dell'investito del potere politico. A tutta prima, da questo testo si potrebbe trarre la conclusione di una visione accomunante. Si tratta invece soltanto della stessa operazione di Bartolo: un'operazione di allargamento della nozione generica di *dominium* fino a sfiancarla e deformarla, fino a far sì che dentro confini tanto ampii possano essere ospitate realtà strutturalmente diverse; e strutturalmente diversa è la proprietà d'un bene rispetto alla superiorità politica.

Si legga strettamente unito al precedente questo commento sul topos usuale della rubrica 'de usufructu' del *Codex,* e se ne avrà una immediata riprova:

> «Glossa continuat rubricam ad praecedentia hoc modo: dictum est supra de dominio rerum corporalium, sequebatur videre de dominio rerum incorporalium, id est de dominio ususfructus et servitutum personalium, et ideo ponitur rubrica sequens de servitutibus et aqua.
>
> Advertatis. Estne vera ista opinio quod in usufructu sit dare dominium? Glossa quod sic. Sed istud videtur oppositum in subiecto, quia ususfructus et dominium sunt opposita et hoc apparet ex diffinitione ususfructus... Responde quod Glossa bene dicit: nam aut loquitur de dominio rei et istud penes usufructuarium esse non potest, quia formaliter distinguuntur, aut loquitur de dominio ipsius iuris ususfructus, tunc dico quod usufructuarius habet sui iuris dominium... Quod apparet, quia in rem actio datur usufructuario, quae non datur nisi domino... et nota quod ista actio appellatur confessoria. Quid ergo dicemus in dominio aliorum iurium incorporalium, in dominio iurisdictionis, in iure praesentandi quod competit patrono ecclesiae et similibus? Responde: ista non sunt proprie servitutes, quia non habent ex opposito contrariam proprietatem a qua formaliter distinguantur, sed sunt quasi servitutes sive ad similitudinem servitutum, et ideo competit quasi confessoria» (69).

La dottrina oltremontana dell'usufrutto come *oppositum in*

---

(68) Cioè del 'dominium quod subalternatur directo' — com'è nel caso dell'enfiteusi, della superficie, del contratto feudale, e via dicendo — e del 'dominium quod contrariatur directo' — com'è nel caso della prescrizione. Complessa teoria dei maestri del diritto comune, su cui non è il caso di dilungarsi qui, ché sarebbe un fuor d'opera. Rinviamo a quanto ne abbiamo scritto nel nostro 'corso' su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* cit., p. 188 ss.

(69) Ad rubricam C. de usufructu, n. 1 (C. 3,33), in BALDI UBALDI perusini *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria,* Venetiis, 1577.

subiecto del *dominium* (70), ripresa e codificata da Bartolo, trova qui recezione piena. Come per Bartolo, la composizione si verifica soltanto in quel *dominium* generico dove trovano ospitalità sia i *dominia rei* che i *dominia iuris,* ma il solco sostanziale fra questi e quelli è netto.

Sia consentito di aggiungere un altro testo, che sottolinea la divisione di indole logica fra le due situazioni, tutte e due soltanto genericamente dominative; è particolarmente illuminante perché in esso il giureconsulto si pone (e risolve) un problema di natura affatto pratica, cioè il confezionamento di un *libellum litis* condizionato nella sua validità o invalidità dall'uso sottile di un vocabolario tecnico. Astruserie d'uno scolastico o sofismi d'un leguleio, agli occhi incolti di un non-giurista; agli occhi del giurista, invece, invenzioni e costruzioni dalla portata squisitamente ordinante, dove il vocabolario è un complesso non innocuo di segni muniti di valore definitorio proprio per il rinvio che fanno a precedenti scelte teoretiche:

> «Si quis diceret rem ad se pertinere iure dominii et non probaret de dominio rei sed de dominio usufructus, succumberet... intelligitur nam intentasse causam proprietatis, non causam usufructus nec confessoriam. Aut nomen domini non profertur absolute sed respectu alicuius iuris quod subalternatur proprietati, tunc bene dico quod potest verificari de iure inferiori in proprietatem, unde si in libello diceret usufructuarius sic: dico hanc rem ad me pertinere quia sum dominus usufructus istius rei, bene procederet iste libellus quia concluderet in confessoria ut hic. Nam recte unusquisque appellat se dominum in re sua» (71)

L'usufruttuario è *dominus,* ma «dominus iuris sui, non dominus fundi» (72); egli «non continetur appellatione domini» «licet dicamus quod usufructuarius habeat dominium usufructus forma-

---

(70) Si riaffermano invece ambiguità di non poco conto intorno alla nozione di 'iurisdictio', la quale è qui — come altrove (vedi sopra, nota 64) — sorpresa in un modo diverso da come Baldo l'aveva còlta nel testo del commento alle Decretali, da cui abbiam preso le mosse. Questo complicarsi della visione baldesca della 'iurisdictio' nulla toglie, almeno per il profilo che qui ci interessa, alla straordinaria efficacia del commento al cap. Uno delegatorum.

(71) Ad l. Qui usumfructum, ff. si ususfructus petatur, n. 1 (D. 7,1,36), in BALDI UBALDI perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI. Codicis libros commentaria* cit.

(72) Additio ad l. Qui usumfructum, ff. si ususfructus petatur (D. 7,1,36), *ibidem.*

lis» (73). Se l'usufruttuario non vorrà vedersi respinto il suo libello come improponibile, dovrà specificare a quale oggetto — il bene incorporale diritto di usufrutto — egli intende restringere la sua situazione dominativa; che è confinata in confini strettissimi e che non è suscettibile di estensione se non indebitamente. Il «nomen dominii simpliciter prolatum» puo significare non solo la proprietà ma anche la nuda proprietà, ma anche la proprietà parziale, ma anche il dominio utile, non l'usufrutto (74), ed è per questo che l'enfiteuta, a differenza dell'usufruttuario, può dichiararsi legittimamente *dominus rei* (75).

Restano due punti problematici da risolvere: come se la cava Baldo con il riferimento dei testi romani alla *pars dominii?* E come se la cava il Baldo feudista, l'autore del più teoricamente elevato commento agli *Usus feudorum,* con quel riferimento — emergente dalla definizione obertiana collocata appunto negli *Usi* — al feudo come usufrutto e non come dominio utile (76)?

---

(73) Ad l. Cum aliter §. qui servum, ff. de senatusconsulto Syllaniano (D. 29,5,1,2), in BALDI UBALDI perusini *In I. et II. Infortiati partem commentaria,* Venetiis, 1577.

(74) Ecco un testo baldesco ben articolato: «Nomen dominii simpliciter prolatum verificatur etiam in nuda proprietate et sic est argumentum quod si agens rei vendicatione proponit simpliciter se dominum et non probat nisi de proprietate, quod tamen debet obtinere... Secus si non probat de proprietate, sed de usufructu formali, quia tunc pronunciaretur contra eum ratione ineptae actionis... Quod si quis in libello dicit simpliciter rem suam et probat de parte dominii non de toto, quod debet obtinere in ea parte de qua probat. Quaero: numquid hoc sit verum si probat utile dominium, non de directo? Respondeo: si est tale utile dominium quod praefertur directo, sufficit de hoc probasse... Si autem est tale utile dominium quod subalternatur directo, sicut est dominium emphyteutae, et tunc subdistinguo: aut agens dixit se proprietarium, aut simpliciter dixit se dominum. Si dixit se proprietarium, succumbit, quia non est reperire proprietatem nisi directam... Si autem dixit se simpliciter dominum, licet de stricta significatione referatur ad directum. ... dico quod vincit...» (ad l. Si testamento, ff. de conditionibus institutionum, n. 1 (D. 28,7,2), in *loc. ult. cit.*

(75) «si aliquis dicit in libello sic: Ego emphyteuta peto me dominum declarari, non propterea libellus est ineptus, quia intelligitur de tali dominio quod possit cadere in persona emphyteutae secundum Guid[onem] de Suza[ria]» (ad l. Sed et si possessori, ff. de jurejurando (lect. ant.) (D. 12,2,11), in BALDI UBALDI perusini *In secundam Digesti Veteris partem commentaria,* Venetiis, 1577.

(76) Il riferimento più puntuale è in LIBRI FEUDORUM 2,23 (tit. In quibus causis feudum amittatur, cap. Ubertus de Orto): «beneficium illud, quod ex benevolentia ita

Sul primo punto il giureconsulto perugino opera soltanto alcune variazioni rispetto alla messa a punto bartoliana. Per l'usufrutto si potrà parlare di *pars dominii* in un duplice senso: *pars integralis,* se si ha riguardo all'usufrutto causale e alla realtà composita del *dominium plenum, pars* come pareti, tetto, cemento sono parti di quel *totum* integrale che è la *domus* (77); *pars praedicamentalis* se si ha riguardo all'usufrutto come servitù, come *dominium iuris usufructus,* e a una categoria di dominio assunta genericamente: "dominium in genere habet plures species scilicet dominium proprietatis et dominium usufructus, sed constat quod omnis species est pars praedicamentalis sui generis», con la precisazione chiarificatrice che si tratta di una 'pars discreta a modo proprietatis', una *pars* intesa 'improprie et similitudinarie' (78), e ripetendo così una vecchia verità della Glossa: 'casus similis appellatur pars' (79).

È questa la conclusione cui ci sembra di poter pervenire dalla lettura congiunta dei commenti alle ll. Usufructus in multis e Usufructus e alla l. In rem actio, testi — i primi due — frettolosi, che risentono probabilmente dell'opera di più mani e che poco hanno a che spartire con il limpido modo bartoliano di affrontare il difficile problema. Qui tutto è complicato dall'aver Baldo sostituito alla chiara contrapposizione di Bartolo *dominium rei/dominium iuris* la contrapposizione assai più equivoca *dominium proprietatis/dominium usufructus;* e questo perché *proprietas,* nel significato che normalmente ha presso i Dottori, è il termine che qualifica la nuda proprietà e il dominio diretto (in passi citatissimi dal tardo commento Baldo stesso dirà che «non est reperire proprietatem nisi

---

datur alicui, ut proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat, usufructus vero illius rei ita ad accipientes transeat, ut ad eum haeredesque suos masculos sive foeminas (si de his nominatim dictum sit) in perpetuum pertineat».

(77) Ad l. In rem actio §. si quis rei, ff. de rei vendicatione, n. 1 (D. 6,1,23,2): «praemitte quod totum et pars dicitur tribus modis. Uno modo dicitur pars subiectiva, de qua totum tanquam genus praedicatur ut homo de Petro et Martino... et sic praedicatur grex et populus de corporibus in unum collectis... Secundo modo pars integralis et totum integrale, sicut est dominium cuius partes sunt proprietas et usufructus causalis... item domus, parietes, tectum, cementa et horrea... Tertio modo dicitur pars quotitativa, ut dimidia, tertia, quarta... Ista sunt verba domini mei Bartoli...» in BALDI UBALDI perusini *In priman Digesti Veteris partem commentaria,* Venetiis, 1577.

(78) Ad l. Usufructus in multis, ff. de usufructu (D. 7,1,4), *ibidem.*

(79) Ad l. Usufructus, ff. de usufructu, n. 3 (D. 7,1,5), *ibilem.*

directam» (80) e che «proprietas non obliquatur» (81). Con questo significato il passo baldesco non ha più senso: perché rispetto al *dominium in genere* non è l'usufrutto causale in gioco ma l'usufrutto formale come *dominium iuris;* perché, anche se si volesse intendere, *contra litteram,* il *dominium in genere* come *dominium plenum,* il rapporto all'interno di questo fra *proprietas* e *ususfructus* è quello della parte integrale al tutto integrale e non della parte predicamentale al predicato. Ecco perché il discorso baldesco non può essere interpretato che come una variazione verbale di quello bartoliano, assumendo *proprietas* quale appartenenza in senso proprio, *dominium rei,* com'è talvolta nell'uso dello stesso giurista.

Per quanto qui ci interessa è da segnalare la *discretio a modo proprietatis,* cioè la divaricazione concettuale di fondo del *modus servitutis;* il che consentirà a Baldo di salvare l'unitarietà della *servitus* come schema generale comprensivo di servitù prediali e personali. Baldo non nasconde il suo bisogno di rifletterci sopra, perché sente che il riferimento alla *pars dominii* rischia di incrinare la categoria separando in modo fondamentale *iura praediorum* ed *ususfructus,* ed è per questo che lo sorprendiamo — lui sempre attentissimo all'inquadramento dogmatico dei varii assetti dell'esperienza — a guardare contro-luce la categoria unitaria in rapporto, e all'essenza del fenomeno servitù, e alle indubitabili diversità che si constatano nel suo seno. Ecco un testo pregevole per il suo angolo d'osservazione sistematico:

> «Nota distinctionem inter usumfructum et ceteras servitutes et dic quod omnes servitutes in hoc conveniunt quod non compatiuntur se cum proprietate, unde etiam ususfructus respectu suae formae et diffinitionis quam habet per se, contrariatur proprietati, sed respectu emolumenti dicitur pars eius. Reliqua vero servitus simpliciter opponitur proprietati et ita nullo respectu sunt partes» (82)

Mai, *nullo respectu,* la servitù prediale è da ritenersi *pars dominii.* L'usufrutto-servitù *contrariatur proprietati* alla stessa stregua di

---

(80) Ad l. Si testamento, ff. de conditionibus institutionum, n. 1 (D. 28,7,2).

(81) Ad l. Cum res, C. de probationibus, n. 20 (C. 4,19,12), in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria,* Venetiis, 1577.

(82) Ad l. Cum filius §. dominus, ff. de legatis secundo (D. 31,76,2), in BALDI UBALDI perusini *In I. et II. Infortiati partem commentaria* cit.

un diritto di passo o di acquedotto. A questi assetti giuridici potrà convenire l'innocua qualificazione nominale di parti predicamentali del dominio e nulla più. Sarà, se mai, quello strano usufrutto ben riposto nella nicchia del dominio come *emolumentum* a comportarsi quale *pars dominii,* ma sarà, anche in questo caso, come parte integrale, una parte estranea alla natura del tutto. Baldo, che ha applicato con sollievo alla complessa, bifronte figura dell'usufrutto del diritto comune le invenzioni sistematiche di Bartolo, può starsene tranquillo. La categoria resta unitaria malgrado le diversità, e il problema della *pars dominii* è soddisfacentemente esorcizzato. Anzi, vi si potrà ricorrere senza troppi rischi di costruzione giuridica antinomica: l'usufruttuario è soltanto, per quel godimento totale della cosa nelle sue mani, maledettamente simile al *dominus.*

Sul secondo punto, Baldo non ha dubbi, e, commentando la definizione obertiana, afferma recisamente:

> Nomen ususfructus ponitur hic pro utili dominio, licet quidam dixerint quod utile dominium nihil est sed est quaedam chymera, ususfructus autem est ille qui aliquid est. Sed isti nesciunt quid dicant» (83)

Nel proemio agli *Usi* aveva subito voluto accennare al punto scottante, cioè a quell'immagine della chimera che sembrava ridicolizzare e vanificare tutta la costruzione 'magistrale' dei dottori, ed aveva — forse più che altrove —, usando lo stesso tono perentorio, chiarito il discrimine fra i due assetti giuridici:

> «Quidam tamen dicunt quod utile dominium est chymera dicentes quod utile dominium non est aliud quam ipsa utilitas sine proprietate consistens nec est quid distinctum ab usufructu perpetuo et transmissibili. Sed isti nesciunt quid dicant, quia proprietas est dominium superius, cuius inventio est de iure gentium. Utile vero dominium est dominium inferius quod subalternatur directo, ut in feudo vel emphyteusi, vel quod contrariatur directo, ut in dominio praescripto, quia praescriptiones sunt de iure positivo et dominia sunt de iure gentium. Ideo per praescriptionem longi vel longissimi temporis dominium directum non usurpatur, sed quaedam qualitas dominii in esse producitur, quae appellatur utile dominium» (84)

Lasciamo da parte il complicato intreccio fra strumenti di diritto

---

(83) In quibus causis feudum amittatur. In primis, nn. 3-4, in BALDI UBALDI perusini *In usus feudorum commentaria,* Lugduni, 1552.

(84) Prooemium §. Tractatus, n. 24, in *loc. ult. cit.*

positivo e di diritto delle genti — nonché il conflitto fra piani giuridici diversi — che l'incontro fra *dominium* e prescrizione provoca, e limitiamoci a ciò che ora ci preme: il dominio utile, ogni dominio utile, non ha nulla a che spartire con l'usufrutto (salvo le simiglianze, cui prima accennavamo) per l'elementare verità che è *qualitas dominii.* Si badi: non *qualitas fundi,* ma *qualitas dominii.* Si badi: *in esse producitur,* cioè si produce in capo all'enfiteuta o al prescrivente come un *quid* che attiene alla sostanza della cosa.

Certo, il dominio utile è una strana creatura, e non si può dire che Baldo, come in genere tutti i maestri del diritto comune, non sia assalito da perplessità, ma queste vengono sempre fugate dalla riaffermazione del carattere intimamente dominativo di esso: nella l. Si tibi homo §. fin. del libro primo 'de legatis' (D. 30,86,4) si qualifica come *servitus* la superficie, che nella tradizione scolastica della Glossa e del Commento incarna una tipica situazione di dominio utile. Baldo non ne riceve scosso e incrinato il carattere dominativo ma, pensando ai due *dominia utilia* costruiti dai Dottori — quello subalterno al diretto e quello che lo contrasta — ne prende soltanto spunto per applicarvi le aggettivazioni escogitate per distinguere l'usufrutto formale e causale: sarà dominio formale quello dell'enfiteuta e del superficiario che costituisce una forma dominativa che si affranca, staccata ed autonoma, dal grembo del *dominium plenum* così come lo *ius ususfructus;* sarà dominio causale quello del prescrivente perché sottrae al primo la causa del dominio e vi si sostituisce (85). L'importante è però che le due situazioni restano *dominia rei.*

Il dominio utile è soltanto un dominio 'sub diversa consideratione' rispetto al diretto, diverso ma autonomo, anch'esso 'suo fine constans' come il dominio diretto (86), due sfere giuridiche auto-

(85) «Adverte: lex quandoque vocat utile dominium servitutem, ut ff. de legatis primo, l. Si tibi homo §. fi., sed ibi loquitur in utili dominio temporali vel subalterno ipsi proprietati, ut in dominio emphyteutae. Non autem loquitur in dominio quod praefertur proprietati ut in dominio praescribentis, unde possumus loqui per similitudinem quod dominium emphyteutae sit dominium formale, sed dominium praescribentis sit dominium causale» (ad l. Traditionibus C. de pactis, n. 7 (C. 2,3,20), in BALDI UBALDI perusini *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria,* Venetiis, 1577.

(86) Esemplare il commento ad l. In rebus, C. de iure dotium, n. 17 (C. 5,12,30): "quod autem dictum est supra de concursu iurium indivisibilium apud plures in

nome nascenti da due dimensioni ontiche della *res*. Tanto autonoma è la situazione dell'utilista che «in suo utili dominio praefertur dominio directo» (87), Tanto specificamente e non genericamente dominativa è, che viene presidiata dalla revindica e non dall'azione confessoria (88), Se il «verbum dominii significat dominium directum" (89), se il dominio diretto è «dominium in potiori significato» (90) — che sono tributi 'romanistici' diventati formule di stile nel tessuto della pagina d'ogni giurista di diritto comune —, l'enfiteuta e tutta una serie di concessionarii assimilati sono riconosciuti *domini* nominalmente ed effettivamente (91), si consente loro di autoqualificarsi legittimamente *domini* negli atti processuali (92), e, anche se si

---

solidum, non habet locum in proprietate vel dominio eiusdem considerationis et speciei, sed sub diversa consideratione — puta sunt duo dominia, quorum unum est sub altero, ut emphyteuticum sub proprio —, ista bene possunt concurrere in solidum, quia ibi nulla est incompassibilitas respectu finis, cum unum habeat dominium directum suo fine constans, alter utile», in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria* cit.

(87) Ad. l. In rebus C. de iure dotium, citato nella nota precedente.

(88) Un testo netto è nel commento al titolo De capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2, in BALDI perusini *In usus feudorum commentaria* cit.: «in ista etiam glossa disputatur utrum feudatarius habeat utile dominium et pro firma conclusione tenendum est quod sic. Unde in libello potest dicere rem ad se iure dominii pertinere et hoc probat urgens disputatio. Nam si non habet utile dominium, non haberet rei vendicationem sed confessoriam quae pro servitute usufructus datur, quod falsum et ab omnibus reprobatum».

(89) Affermazione usuale, anche se nominalistica. Per un esempio, cfr. il commento a un *locus* attrattivo: ad l. Agri civitatum §. qui in perpetuum, ff. si ager vectigalis, n. 1 (D.6,3,1,1), in BALDI UBALDI perusini *In primam Digesti Veteris partem commentaria* cit.

(90) Altra affermazione usuale. Per un esempio, cfr. ad l. In emphyteuticariis, C. de iure emphyteutico, nn. 2-3 in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, cit.

(91) Esemplare il testo citato alla nota 89, in cui Baldo ripete un ritornello, che era già nella Glossa: il frammento di Paolo, negando al concessionario di un 'ager vectigalis' il *dominium* («quamvis non efficiantur domini»), poiché *dominium* nella sua accezione generica significa dominio diretto, gli nega soltanto quest'ultimo. «Utile enim dominium habet, ut in l. Possessores, C. de fundis patrimonialibus» — conclude Baldo attestandosi dietro l'unica sparuta fonte del *Codex* dove si qualificano, in una tarda costituzione imperiale del secolo quinto, *domini* gli enfiteuti e portando avanti un sillogismo dalla assiomatica premessa maggiore.

(92) Afferma Baldo nel testo citato alla nota 90, utilizzando il consueto procedi-

afferma che «qui habet utile dominium non est simpliciter dominus et qui habet proprietatem est maior et superior dominus eo (93), pure si ammette placidamente, senza batter ciglio — dall'osservatorio effettualistico da cui in genere si guarda gli assetti giuridici — che i due dominii «parum differunt in substantia» (94).

Può ora essere opportuno e chiarificante scendere dalle proposizioni teoretiche e calare nella disciplina differenziata che ordina diversamente *dominia* e *servitutes*. Baldo, nel suo arioso commentare, è estremamente largo di precisazioni. Annotiamole brevemente:

a) uno dei motivi per cui non è prevista una *possessio* ma soltanto una *quasi possessio* per le servitù è la eteronomia che le contraddistingue: a differenza del *dominium* che trova in se stesso la forza per una perfetta autonomia, «in servitutibus intervenit patientia" (95);

b) gli utilisti possono costituire validamente servitù sul fondo in

---

mento dialettico di affermazione di due verità contrarie: «dominium in potiori significato debet intelligi de directo», pertanto chi ha proposto il *dominium* nel libello e prova soltanto il suo dominio utile, deve soccombere. «Haec tamen opinio non est vera».

(93) Al l. Hoc amplius §. quaesitum est, ff. de damno infecto, n. 2 (D. 39,2,9,4). Altrove i Dottori dicono che il dominio utile è un 'dominium secundum quid', un *dominium* incarnato, non puro e semplice come il diretto.

(94) Ad l. Precibus, C. de impuberum et aliis substitutionibus, n. 50 (C. 6,26,8), in BALDI UBALDI perusini *In sextum Codicis librum commentaria,* Venetiis, 1577: «dominium non solum est directum sed utile, et parum differunt in substantia, ut ff. quod cum eo [qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur], 1. Si filius §. 1». Che l'angolo d'osservazione sia squisitamente effettualistico, lo dimostra la l. Si filius, cioè D. 14,5,5,1, che recita: «Si filio exheredato ex senatus consulto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debebit in quantum facere potest, sed in solidum condemnari, *quia effectu quodammodo haeres est*» [il corsivo è ovviamente nostro]· Il dominio utile è, come abbiamo altrove dimostrato (cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* cit., p. 188 ss.), 'dominium in effectu'. Un limpido esempio di una pari disciplina sostanziale è questo commento in auth. In successione, C. de suis et legitimis, n. 7 (C. 6,55): «Haec est natura dominii, tam utilis quam directi, quod nuda renunciatione non tollitur, nisi alter acquiratur», in *loc. ult. cit.*

(95) «quaero quare servitutes quasi possideantur, non dominia? Responde: annuae praestationes quasi possidentur, quia intervenit factum adversarii sicut in servitutibus intervenit patientia, sed dominium non consistit in facto adversarii et satis habet lex quod res ratione dominii possidetur» (ad l. Si de proprietate, C. si a non competenti iudice iudicatum esse dicatur, n. 9 (C. 7,48,3), in BALDI UBALDI perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI. libros Codicis commentaria* cit.)

forza della loro situazione dominativa; anche gli enfiteuti, anche i vassalli, i quali tutti hanno «dominium utile seu dominii effectum»; solo che la servitù da essi costituita non avrà durata perpetua, ma durerà quanto dura il rapporto enfiteutico e feudale (96);

c) «ratione utilis dominii» superficiarii, enfiteuti, feudatari possono *proprio nomine* fare denuncia di nuova opera (97);

d) l'usufruttuario fa suoi i frutti del fondo mediante la percezione, il *dominus utilis* — come ogni *dominus* — nello stesso istante della separazione (98). Può essere proficuo attardarsi un momento

---

(96) Ad l. Et in provinciali, C. de servitutibus et aqua, nn. 3-4 (C. 3,34,3). Il problema è se i 'provinciales' possono costituire servitù sui *praedia tributaria*. Ecco il ragionamento di Baldo: «Quaero hic quae erat ratio dubitationis huius legis. Responde: quia provinciales non sunt domini. nam praedia tributaria sunt iuris et proprietatis fisci, unde videbatur quod non possit imponi eis servitus per privatam personam, sed contrarium est verum quia illa privata persona habet utile dominium seu dominii effectum, et ideo potest imponere servitutem. Item hoc quaero: numquid emphyteuta in re, quam habet in emphyteusim, possit constituere servitutem? Et videtur quod sic. In contrarium videtur quod emphyteuta non potest alienare sine consensu domini.., sed ubi prohibetur alienatio, prohibetur servitutis impositio... Item quia emphyteuta non habet proprietatem... Solutio: dic quod potest, sed durabit servitus tantum durante emphyteusi, postea non... Ei ita habeo in vasallo, qui constituit servitutem in feudo. Nam valet constitutio» (in BALDI UBALDI perusini *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria* cit.).

(97) Ad l. In provinciali §. si ego, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 (D. 39,1,3,3): "Superficiarius ratione utilis dominii potest proprio nomine nunciare novum opus. Quidam sunt superficiarii, quidam emphyteutici, quidam feudatarii et omnes isti habent ius nunciandi novum opus. Superficiarius est qui emit utile dominium et nil praestat annuum, sed si praestat aliquid annuum vel menstruum est emphyteusis, sed si praestat aliquod servitium rei concessae correspondens est feudatarius. Si autem ego praesto aliquod tributum per legem impositum, ego sum tributarius» (BALDI UBALDI perusini *In primam Digesti Novi partem commentaria* cit.). Al n. 3 Baldo tiene a precisare: «nota utile dominium habentes loco domini censeri, non loco inquilinorum vel colonorum» - Il passo contenuto nel n. 1 è rilevante anche sotto altro profilo, e ci permettiamo sottolinearlo al lettore, pur se non attiene direttamente al nostro tema: è degno di considerazione l'atteggiamento del giurista ad accomunare e quasi a fondere istituti che la prassi altomedievale e anche la scienza del primo rinascimento giuridico aveva separato come strutture tipiche fondate su cause tipiche. All'epoca di Baldo — il tardo Trecento — le linee specifiche delle singole costruzioni tecniche si sono assai attenuate e spingono il giureconsulto a confondere e fondere.

(98) Ad l. Cum res, C. de probationibus, n. 13 (C. 4,19,12): «aliter acquirit qui putat se dominum, aliter usufructuarius, qui usufructu parit acquisitionem, dum est in

per capire i motivi della distinzione, su una riflessione di Baldo che colpisce nel segno e illumina limpidamente la diversità di regime:

> «In fructuario requiritur separatio eius nomine ... et ideo si non sunt separarati ab homine sed casu, ut quia ceciderunt olivae vel poma vi ventorum, non pertinent ista ad fructuarium... In bonae fidei possessore, qui possidet domini cogitatione, sufficit sola separatio a quocumque vel etiam per casum. Usufructuarius adminiculum facti desiderat... habet solam naturalem [possessionem], quae non est potens ex se sine alio adminiculo ad fructuum acquisitionem; requiritur ergo quoddam adminiculum adeptionis possessionis fructuum per separationem eorum eius nomine... Sufficeret etiam adminiculum *utilis dominii* in emphyteuta, *quia naturalis possessio* causata a dominio sufficit bene ad acquisitionem fructuum» (99)

Illuminante la comparazione che viene fatta proprio tra usufruttuario ed enfiteuta: il primo ha bisogno della *adeptio,* cioè della percezione dei frutti operata per mano dell'uomo — sia essa la sua mano personale o quella di un suo rappresentante — perché la *naturalis possessio* che gli è propria non ha una sufficiente forza intrinseca ed occorre un elemento additivo — un *adminiculum* — consistente nel fatto dell'uomo; il secondo non ne ha bisogno e fa suoi i frutti nel momento della separazione, quindi anche quelli separati da eventi naturali, perché la sua *possessio* — che è *naturalis* come quella dell'usufruttuario — trova un *adminiculum* sufficiente nel provenire e motivarsi da un dominio utile, cioè da una situazione munita di rilevante autonomia dominativa;

e) per usucapire e prescrivere il *dominium plenum* o il *dominium directum* è necessaria la *possessio civilis;* la *possessio naturalis* è sufficiente, o «ad praescribendum ius infra dominium», o «ad praescribendum dominium recognoscendo alium in dominum» come è nella serie di dominii utili nascenti da concessioni fondiarie. Come esempio della prima fattispecie Baldo cita espressamente l'usufrutto, della seconda cita l'enfiteusi. La conclusione che ci preme è che, mentre il dominio utile appartiene al livello superiore

---

actu fruitionis, non in habitu sive in facultate quadam» (in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria* cit.).

(99) Ad l. Si usufructuarius, ff. quibus modis ususfructus amittatur (D. 7,4,13), in BALDI UBALDI perusini *In primam Digesti Veteris partem commentaria* cit.

delle situazioni veramente dominative, l'usufrutto si situa nella coscienza del giurista a un livello che è nettamente inferiore [100];

f) il fisco, per privilegio suo proprio, può validamente vendere la cosa comune «cum partis dominus esset». *Quid iuris* — si domanda Baldo — se il fisco ha il solo usufrutto? Gli è consentito, anche in questo caso, di vendere, potendosi considerare l'usufrutto una *pars dominii?* Ecco il commento baldesco:

> «Quid si fiscus habet solum usumfructum? An tanquam habens rem communem vendet proprietatem? Videtur quod sic, quia ususfructus est pars dominii. Nam omne quod separatur ab alio pars eius est, quia deciditur ab ipso contractu ... Dico quod non, quia natura ususfructus est quod alienando proprietatem finiatur ... et ideo contra naturam esset si proprietas accederet usufructui. item in usu multo magis; licet enim de corpore pleni dominii derivetur, cum non habet naturam proprietatis sed est quaedam forma corruptibilis et de facili revertibilis ad proprietatem tanquam ad materiam. De aliis servitutibus non est dubium, quia portionis instar non obtinent» [101]

Rispetto al pieno dominio, nuda proprietà e usufrutto causale ne sono parti in senso 'integrale' come le travi e i muri son parti della casa; e appaiono parti del tutto specialmente nel momento in cui si separano dal tutto e assumono una 'forma' separata e autonoma propria. Ma non è questo un argomento su cui puntare. Ce n'è uno più sostanziale, ed è la fragilità dell'usufrutto, il suo essere condizionato dalle vicende della *proprietas*. Innaturale sarebbe una soluzione che ancorasse la struttura più forte a quella più fragile. Ci sembra che un po' di quello che Baldo dice, quasi con spregio,

---

[100] Ad l. Si ut certo §. si duobus, ff. commodati, n. 3 (D. 13,6,5,15): «Sed adverte, quia illud quod dixi quod naturalis possessio non sufficit ad praescriptionem, est verum ad praescribendum dominium, sed bene sufficeret ad praescribendum ius infra dominium. Nam usufructuarius potest praescribere usumfructum... Item adverte quod naturalis possessio sufficeret etiam ad praescribendum dominium si praescribens reeognosceret alium in dominum et praescriptio non tenderet ad perimendum verum dominium domini. Pone exemplum: ille qui possidet tanquam emphyteuta et sic naturaliter tantum... potest praescribere emphyteusim.. et sic acquirii utile dominium...» (BALDI UBALDI perusini *In secundam Digesti Veteris partem commentaria* cit.). Il *dominium directum* è riconosciuto formalmente *verum dominium,* ma il *dominium utile* è riconosciuto *dominium* e non *ius infra dominium* come l'usufrutto.

[101] Ad. l. Multum, C. de communium rerum alienatione, n. 5 (C. 4,52,2). in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria* cit.

dell'altra servitù personale, l'uso, si riverberi anche sull'usufrutto. E una consapevolezza generale affiora: quella della debolezza costruttiva di tutte le servitù personali. Per quelle prediali il problema non si pone neanche, giacché esse sono insuscettibili di essere incasellate nello schema della *portio dominii.*

'De aliis servitutibus non est dubium, quia portionis instar non obtinent'. Per le servitù prediali il giurista non ha dubbi; segno che qualche dubbio — se non per il diritto d'uso — almeno per l'usufrutto è affiorato alla sua coscienza. Come abbiamo appena accennato, è soprattutto la problematica della *pars dominii* pur brillantemente risolta, che è fonte di tormento per Baldo. La linea interpretativa che domina il suo amplissimo lavoro di commentatore nel diritto civile, canonico e feudale è, a nostro vedere, quella segnata nelle pagine che precedono, e si incarna in una intuizione viva del profondo solco concettuale che separa *dominia* e *servitutes,* tutti i *dominia* e tutte le *servitutes;* con osservazioni di rara acutezza e con un vigore espressivo singolarissimo. Talvolta il generico riferimento all'usufrutto *pars dominii* fa invece quasi balenare l'idea di un nodo non sciolto (102), anche per quell'indebito mescolarsi nella coscienza del giurista delle nozioni di usufrutto causale e formale, e per quell'indebito travaso che il primo fa di sé — inevitabilmente — nel secondo. Diciamolo pure: è lo stesso travaglio che, nei giuristi più sensibili, emerge a proposito del dominio utile. Sono carboni ardenti su cui il giurista è chiamato a camminare, né si può pretendere che l'andatura sia disinvolta come se si trattasse di istituti scolasticamente codificati dalla tradizione. Questo nostro è invece un terreno squisitamente 'magistrale' dove i Dottori sono impegnati in prima persona con ardite invenzioni di loro conio al di là e anche contro le stesse fonti romane.

L'essenziale per lo storico è individuare una linea portante che impronta l'opera dello scienziato; l'essenziale è la percezione del

---

(102) Testi problematici, i quali, a nostro avviso, ci permettono di cogliere un Baldo che sente in modo pressante ma non nitidissimo il principio della *pars dominii* sono i seguenti (e probabilmente non sono i soli): ad titulum Insti. de servitutibus §. praediorum nn. 29-30 (INSTI. 2,3,1): ad l. Si oleum, ff. de dolo malo (additio), n. 9 (D. 4,3,9); ad auth. Litigiosa, C. de litigiosis, n. 2 (C.8,36); ad l. Si de proprietate, C. si a non competenti iudice iudicatum esse dicatur, un. 1-2 (C. 7,48,3).

progetto, il quale, prima di essere tecnico, è culturale o addirittura *lato sensu* politico; l'essenziale è ritrovare e ricomporre le membra sparse del sistema sepolto. Le piccole antinomie, le piccole aporie, i momenti di debolezza non debbono turbare il ricostruttore dal segnare quella linea, quel progetto, quella architettura sistematica, perché sul piano storiografico sta lì il suo dovere primario, perché egli è chiamato a segnare con evidenza l'essenziale senza lasciarsi soffocare dalle maglie del particolare. È, del resto, l'unica cosa che possiamo fare con un minimo di tranquillità e di sicurezza, visto lo stato ancora palafitticolo dei testi su cui si lavora: il loro stato malcerto ,garantisce validità storiografica unicamente a ricostruzioni che si misurano in ampie intelaiature verificate su una messe il più possibile larga di documenti.

7. La profondamente pensata sistemazione di Bartolo, arricchita dal complesso delle riflessioni di Baldo, rappresenta senza dubbio il momento più alto, cioè più altamente inventivo, nello svolgimento del diritto comune classico.

Dopo, la dottrina quattrocentesca si muoverà dichiaratamente nel solco già segnato. Commentando uno dei *loci* attrattivi delle dispute in tema di diritti reali, la l. Si quis vi §. Differentia del titolo 'de acquirenda possessione' del Digesto e punto di riferimento della memorabile sistemazione bartoliana, Raffaele Raimondi († 1427) non ha ritegno di dichiarare la sua completa adesione a quel nucleo di pensiero: «Bartolus, sumpta occasione, quaerit quid sit dominium et quotuplex, et bene loquitur et eleganter, cui nil adderem» ([103]), Nella linea di questa adesione formale e sostanziale — anche se non espressa nell'affidamento totale che è nelle parole del Cumano — si muovono *interpretatio* e *practica* dell' intero secolo decimoquinto, limitandosi a discutere — talora sottilmente, più spesso logorroicamente — l'impostazione bartoliana suggerendo variazioni e appro-

([103]) Ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 2. in RAPHAELIS CUMANI... *In eius Pandectarum partis primam quae vulgi censura Digesti Novi appellatione differtur praelectiones...* Lugduni, 1554. Malgrado questa professione di fede. l'ingegno vivo e libero di Raffaele Raimondi da Como gli consentirà di discutere e analizzare criticamente anche certi assunti di Bartolo; per un esempio, cfr. più sotto alla nota 117.

fondendo singoli punti. È il panorama che sembra giungere pressoché intatto fino alle riflessioni conclusive di Giason del Maino († 1519).

Scopo delle pagine che seguono non è quello di offrire la particolareggiata descrizione di una analisi dottrinale che, nel suo dettagliato articolarsi, non offre soverchio interesse alla storia del pensiero giuridico, ma piuttosto quello di coglierne arricchimenti e approfondimenti e constatarne le consolidate certezze per percepire la unitarietà che sorregge la grande coralità dottrinale. Proprio per questo, nella consapevolezza che non vi sono rotture nel corso di un martellio secolare, si preferisce, come scelta maggiormente ordinante di un vastissimo materiale, una esposizione per nodi problematici ritenendola coerente a una documentazione abbastanza connotata da staticità, e pertanto storiograficamente corretta.

a) Dominium, dominium rei, dominium iuris.

Una riflessione di Angelo degli Ubaldi, il fratello di Baldo, collocabile all'incirca ai primordii del secolo, può servire egregiamente da avviamento al nostro discorso. Un testo paolino dell'Inforziato ha, come spesso accade, una grossa forza evocativa per il giurista medievale, che ne trae spunto — anche se tenuissimo — per agganciarvi il filo del proprio ragionare e dipanarlo poi in sostanziale autonomia. La provocazione testuale sta nella considerazione che il *filiusfamilias* è da considerarsi *etiam vivente patre* come un *quodammodo dominus.* Angelo ne prende occasione per un discorso più articolato sulla nozione di *dominium:*

> «Et haec littera dicit quod triplex est dominium. Quoddam consistens in puro intellectu, et hoc convenit filiofamilias, quando dominium rerum praesens habet eo vivente; quoddam subsistit in sustentamento, et illud convenit uxori, quae sustentanda est ex re dotali, cuius dominium est viri; quoddam est dominium connexum cum administratione, et illud convenit habenti verum dominium et distinguitur inter utile et directum» (104)

Da dove si evince che le situazioni genericamente dominative possono essere molte, ma che uno solo è il *verum dominium:* questo non può consistere né in un semplice sostentamento com è nel caso della moglie rispetto al patrimonio dotale di cui è titolare il marito,

(104) Ad l. In suis, ff. de liberis et posthumis, n. 4 (D. 28,2,11), in ANGELI UBALDI perusini... *In primam atque secundam Infortiati partem commentaria...,* Venetiis, 1580.

né tanto meno in un rapporto puramente spirituale e morale ([105]), com'è per il figlio durante la vita del padre rispetto alla futura eredità paterna. Il *dominium,* quello autentico, significa un rapporto concreto con la *res,* significa gestione del bene-cosa, come fanno — per diversi rispetti — sia il direttario che l'utilista.

Il testo di Angelo degli Ubaldi è rilevante proprio per questo suo richiamo alla concretezza storica del *dominium* come proprietà: esso rifugge un oggetto puramente intellettuale, ha bisogno invece di far capo ai problemi concreti, effettivi della cosa e della sua gestione. La dottrina post-bartoliana continua il proprio scavo riprendendo la puntualizzazione centrale di Bartolo: il termine e la nozione di *dominium* sono latissimi, e il *dominium in genere* può anche ricomprendere situazioni dominative aventi ad oggetto una cosa incorporale: «vocabulum dominium est latum et cadit in omni iure quod quis habet de quo possit disponere» ([106]); ma si tratterà di una accezione «large tamen loquendo et improprie» ([107]), E, nella capil-

---

([105]) Già la GLOSSA aveva (loc. cit. sup.) chiosato la parola 'quodammodo': 'et consistit hoc in nudo intellectu et puro», mentre BARTOLO (ibidem, n. 4) aveva sottolineato che quel *dominium filii* «magis est in imaginatione quadam quam in veritate».

([106]) Paolo Di CASTRO, ad l. Proprietatis, C. de probationibus, nn. 1-2 (C. 4,19,4), in Pauli CASTRENSIS *In primam Codicis partem... praelectiones...* Lugduni, 1548; Giason DEL MAINO, ad l. Traditionibus, C. de pactis, n. 10 (C. 2,3,20), in Iasonis MAYNI *In primam Codicis partem commentaria...,* Venetiis. 1598.

([107]) Paolo DI CASTRO, ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 3 (D. 41,2,17,1), in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Novi praelectiones...,* Lugduni, 1548. Cfr. anche Martino GARRATI, in rubricam ff. de rei vendicatione, n. 2: «de re corporali dixi ad differentiam improprii dominii, quod competit etiam ad iura incorporalia... nam sumendo dominium improprie comprehenditur etiam usufructus, sed dominium proprie non datur nisi ad corporalia» (in *Repetitio* Martini LAUDENSIS *in rubricam ff de rei vendicatione,* in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen primum,* Lugduni, 1553) e Bartolomeo SOCINI, ad l. Naturaliter §. nihil commune, ff. de acquirenda vel amittenda possessione (additio novissima), nn. 9-10 (D. 41,2,12,1): 'dominium enim dupliciter considerari potest, uno modo large, quo caso dominium cadit super omnibus iuribus personalibus et aliis, etiam in obligationibus et sic etiam in incorporalibus... Secundo modo accipitur dominium proprie et stricte pro iure et facultate disponendi de re. In primo casu loquitur Bartolus hic... unde usufructuarius dicitur largo modo habere dominium» (in Bartholomaei SOCINI... *In Digesti Novi ac Codicis rubricas, leges atque §§. omnes in gymnasiis usitatiores commentaria...,* Venetiis, 1588). Ripetitivi della tradizione dottrinale il commento — per altri

lare casistica interpretativa dei libelli processuali, v'è taluno che, malgrado la sopradetta latitudine nozionale, dichiara invalido quel libello in cui un usufruttuario si proclama non *dominus fundi* ma genericamente *dominus* senza alcuna specificazione, pretendendo rigorosamente, per la validità dell'atto processuale, che non ci si arresti a indicazioni generiche, che possono essere convenienti soltanto per un proprietario del bene, e si specifichi l'oggetto parlando senza ambage di *dominium ususfructus* ([108]).

b) Il problema dell'usufrutto come *pars dominii.*

Un testo di Angelo degli Ubaldi è, anche su questo punto,

---

versi sottile e originale — di Francesco Accolti (cfr. Francisci DE ACCOLTIS DE ARETIO *Commentarii in primam et secundam ff. Novi partem,* Lugduni, 1533, ad l. Naturaliter, §. nihil commune, n. 4 (D. 41,2,12,1) e ad l. Si quis vi §. differentia, n. 5 (D. 41,2,17,1) e la trattazione sistematizzante di Bartolommeo CIPOLLA (cfr. Bartholemaei CAEPOLLAE *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum,* cap. IV, n. 3, in B.C., *Varii tractatus,* Lugduni, *1552).*

È singolare invece come Paolo di Castro, che pure ha chiarissima in testa l'idea di un dominio improprio per i 'dominia iurium', introducendo la rubrica 'de usufructu' del Codice, pur citando espressamente Guillaume de Cunh, sembra vedere un regime di continuità fra il titolo precedente e quelli delle servitù personali e prediali: «sicut in rebus corporalibus est reperire dominium, ita in servitute et iuribus incorporalibus. Nam possum me appellare dominum istius iuris servitutis». Un evidente momento di non-vigilanza sistematica: la riduzione tecnica delle servitù prediali e dell'usufrutto a *dominium iuris* è lo stesso risultato dell'analisi bartoliana; quel che manca è il dato comparativo con il *dominium rei* che, come sappiamo, diventa *oppositio* in Bartolo e, prima ancora, in Guillaume. La separazione è invece segnata, sia pure non con nettezza, da Bartolomeo da Saliceto: «Continua rubricam. Dictum est supra de dominio rerum corporalium, nunc incorporalium, ut est ususfructus. Nam ususfructus est ius... et idem de servitutibus realibus... Et hoc dominium ususfructus quod habet usufructuarius distinguitur a dominio et proprietate rei... Hinc est quod usufructuario competit in rem actio quae confessoria appellatur... et usumfructum per eam vendicare dicitur... unde verum est quod dominium huius iuris penes fructuarium esse dicitur, licet dominium fundi et proprietas sit penes proprietarium» (in rubricam de usu et habitatione n. I, in Bartholomaei A SALICETO... *In tertium et quartum Codicis libros...,* Venetiis, 1574.

([108]) «Si dominium proferatur absolute, intelligitur de dominio proprietatis, et ideo si quis diceret talem rem pertinere ad se iure dominii et probaret de usufructu non de dominio proprietatis, succumberet... sed si dominium non proferatur absolute, tunc potest intelligi de usufructu et ideo si quis dixerit in libello rem ad se pertinere ratione dominii ususfructus, quia tunc dominium non profertur absolute, recte agit. Quisque enim recte se dicit dominum respectu sui iuris» (Raphaelis FULGOSII... *In primam Pandectarum partem commentariorum... tomus primus...,* Lugduni, 1554, ad l. Qui usumfructum, ff. si ususfructus petatur, n. 3 (D. 7,6,3).

chiarificatore; ed è un testo particolarmente orientativo e impressivo se lo vediamo ripetuto dalla dottrina per tutto il corso del Quattrocento. Il problema è l'ormai secolare problema dell'usufrutto come *pars dominii:*

> «Unum totum consideratur dupliciter. Uno modo prout ipsum totum est quoddam universale continens sub se multas species numero differentes, et illud totum appellatur genus, et tunc quicquid continetur sub illo genere appellatur species, et illa species dicitur pars generis secundum legistas... Hoc ergo modo considerando, dominium prout genus est, et ususfructus et usus et actus et iter quorum habemus dominium... dicuntur pars ipsius dominii et appellantur partes praedicamentales seu subiectivae, quia, cum de dictis iuribus praedicatur ut de specie dominii, immediate praedicatur de ipso genere et continetur sub eo et ideo appellantur subiectivae: subijciuntur enim suo generi... Secundo modo accipitur unum totum prout est compositum et perfectum ex suis partibus cohaerentibus, sicut est domus, et tunc istud totum appellatur integrale et eius partes similiter integrales, quia simul iunctae constituunt unum integrum et hoc secundo modo accipi potest dominium prout est species. Nam dominium plenum et sic integrum perficitur ex istis duabus partibus simul iunctis, scilicet ex proprietate nuda et usufructu, et tunc ususfructus est pars integralis... Neutro autem istorum modorum accipiendo, ususfructus pars dominii non est ... sed licet non sit pars dominii, eiusdem virtutis et potentiae est quandoque cum dominio... Quinimo neutro dictorum modorum accipiendo, species dicuntur oppositae, et ideo qui producit duo instrumenta eodem die confecta per quorum unum dicit se dominum, per alium fructuarium, succumbit in quolibet tanquam producens scripturas adversas» (109)

È un testo che ha grossi pregi di lucidità e chiarezza sistematica, che sono indubbiamente i pregi dell'atteggiamento mentale stesso di Angelo. Questo spiega anche la sua fortuna: trascritto financo nel suo preciso frasario, lo ritroviamo non solo nel commentario di Giovanni da Imola († 1436) (110), che è allievo affezionato e devoto di Angelo, ma — intatto dopo quasi cento anni di *interpretatio* — in quello di Bartolomeo Socini (1436-1507) (111). Non si compie soverchia fatica a riconoscere che la sistemazione bartoliana, con

---

(109) Ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 4 (D. 45,1,58), in Angeli UBALDI perusini *In I. atque II. Digesti Novi partem et in tit. de interdictis commentaria...*, Venetiis, 1579.

(110) Ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, nn. 2 e 3, in Ioannis DE IMOLA... *In secundam Digesti Novi partem commentaria...*, Venetiis, 1580.

(111) Ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. I, in Bartholomaei SOCINI... *In Digesti Novi ac Codicis rubricas* cit.

esigue variazioni formali, la fa da padrone. Il messaggio è chiaro: ci sono soltanto due possibilità, su un piano di rigorosa logica giuridica, di considerare l'usufrutto *pars dominii,* l'una è quella di considerarlo *species* di un grande *genus dominium,* l'altra come parte di un tutto. Nel primo caso — quello dell'usufrutto formale, dell'usufrutto in quanto servitù e quindi in quanto *dominium sui iuris servitutis* — è *pars subiectiva* ed ha soltanto il significato di ammettere che, rispetto al genere, *continetur sub eo* come la specie 'uomo' è contenuta nel genere 'animale'; nel secondo — quello dell'usufrutto causale, della *commoditas* sorpresa come realtà autonoma all'interno del dominio pieno — è *pars integralis,* ed ha soltanto il significato di constatare che si tratta di contributo a un tutto che è diverso, come nell'esempio della trave che è parte integrale di quella realtà composita ed eterogenea che è la casa. Queste sono le uniche due possibilità logiche di parlare di *pars dominii;* al di fuori di questi due angoli di osservazione, l'usufrutto rivela anzi il suo carattere di fondamentale estraneità al dominio. Anzi, se guardiamo in comparazione i loro due assetti strutturali, ciascuno di per sé, specie a fronte di specie, prescindendo da più ampii contesti di indole logica, dominio e usufrutto sono degli *opposita.*

'Neutro autem istorum modorum accipiendo, ususfructus pars dominii non est': è questa la frase che resta come un calco nelle pagine più tarde di Giovanni da Imola e di Bartolomeo Socini, e vi resta perché ha un rilevante valore di indole tecnica. Ridotto all'osso, il discorso appare congegnato così: l'usufrutto, sia causale che formale non è *dominium* e non ha nulla a che spartire con il *dominium,* che è realtà tecnica qualitativamente diversa, ma, poiché le fonti romane avvertono che in taluni casi l'usufrutto si presenta come *pars dominii,* non è peregrino porsi il problema di come ciò possa avvenire; può avvenire su un piano squisitamente dialettico, non su un piano di costruzione tecnico-giuridica; può avvenire come frutto di un elegante gioco filosofico puramente formale, un esperimento teorico che ha un carattere spiccatamente ludico: culturalmente pregevole, ma estraneo a un tentativo di costruzione giuridica degli istituti.

In un altro passo Angelo, rifacendosi a un pensiero dell'antico glossatore Rogerio e lodandolo, afferma: «secundum Rogerium interpretative est pars dominii non vere, et opinio Rogerii est etiam

bona. Habet enim ususfructus similitudinem cum dominio quantum ad commoditatem» (112), Se vogliamo, ancora più che in Bartolo, il discorso della *pars dominii* visto da una duplice angolatura, come contrappunto fra *dominium rei* e *dominium iuris,* fra *dominium* e ogni servitù (e giustamente Angelo non parla soltanto di usufrutto formale e di uso ma anche di servitù prediali come l'*iter* e l'*actus*) e come congiunzione fra nuda proprietà ed usufrutto causale, assume il carattere di esercitazione scolastica, ma è — nella sostanza — depauperato di ogni contenuto giuridicamente efficace (113).

Il senso dell'itinerario dottrinale quattrocentesco è nel solco delle precisazioni di Angelo degli Ubaldi. Il principio della diversità strutturale fra *dominium* e *servitus* è un dato indiscusso; problemi continuano a porsi per l'usufrutto a causa del suo carattere di creatura ermafrodita, per il suo manifestarsi perenne negli aspetti di formale e causale, ma gli esercizi dialettici sulla *pars praedicamentalis* e sulla *pars integralis* valgono ad esorcizzarli (114), L'ancipità dell'usufrutto è, come per i glossatori e per il primo commento, croce e delizia degli interpreti, e anche fonte di equivoci, ma va detto che si fa non pochi passi innanzi nella strada d'una maggiore consapevolezza della complessità e specificità del fenomeno usufruttuario. Si torna a insistere sulla sua *similitudo cum dominio* per via di quel dato fattuale *commoditas* e dell'azione di *uti frui* che stanno al cuore dell'istituto, ma non si manca di sottolineare che simiglianza vuol dire soprattutto non-identità, vuol dire diversificazione (115), e talora

---

(112) Ad l. Ususfructus, ff. de usufructu, in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris,* Lugduni, 1548.

(113) Nel commento citato alla nota precedente Angelo precisa: «accipiendo dominium non pro toto integrali nec pro universali sed pro specie quadam, ususfructus differt a dominio ut species a specie, et ideo verum est quod hoc casu non est pars».

(114) Testi esemplari sono in Paolo Di CASTRO (ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 3, in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Novi praelectiones* cit., e in Alessandro TARTAGNI, ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, nn. 6 e 7, in Alexandri TARTAGNI imolensis... *In I. et II. Digesti Novi partem commentaria* ... Venetiis, 1570. Ma la recezione è generale, nè vale la pena di documentarla partitamente.

(115) Cfr. Paolo di CASTRO, ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. I, in Pauli CASTRENSIS *In secundam Digesti Novi praelectiones cit.,* e Alessandro TARTAGNI, *ibidem, n. 2, in* Alexandri TARTAGNI imolensis... *In I. et II. Digesti Novi partem commentaria* cit.

si dubita della correttezza della nozione di *pars* applicata allo stesso usufrutto come servitù (116).

All'analisi impietosa di un ingegno aguzzo dotato d'una rigorosa logica costruttiva, Raffaele Raimondi, è tutto l'edificio fabbricato con cura dai Dottori ad essere messo sotto accusa proprio per la fragilità di invenzione tecnica. Leggiamolo, ché sarà istruttivo:

> «Usufructus non est pars fundi sed servitus; doctores dicunt quod usufructus non est pars subiectiva nec pars quota sed integralis. Videte: ista est inepta locutio et licet Bartolus melius dixerit in l. Qui usumfructum. de verborum significatione, tamen dico ad propositum: quatenus est de per se usufructus et servitus non est pars rei sed potius est ei contraria, et quod dicit l. IIII quod est pars dominii, dic: idest iuris, sed usufructus iunctus rei non est pars integralis proprie sed est unus effectus ipsius rei et ipsius dominii, et sic bene dixit l. Recte dicimus. de verborum significatione» (117).

Emergono alcuni tratti evidenti (118): l'identificazione fra *res* e *dominium* (119) e la volontà di confinare servitù ed usufrutto nel

---

(116) Cfr. Raffaele RAIMONDI, ad l. Lucio Titio, ff. de legatis secundo, n. 3 («usufructus non ets proprie pars sed servitus») (D. 31,23), in Raphaelis CUMANI... *Commentationes... in eius Pandectarum partis secundam quam Infortiatum vulgus vocitat,* Lugduni, 1554; Giason DEL MAINO, ad l. Plane §. si ita Titio, ff. de legatis primo, n. 5 («usufructus formalis, cum sit servitus, est species distincta a dominio, non autem eius pars, sed eius usufructus causalis bene est pars integralis fundi, quia ex proprietate et tali usufructu bene constituitur fundus») (D. 30,34,14)) in Iasonis MAYNI *In secundam Infortiati partem commentaria,* Venetiis, 1598.

(117) Raffaele RAIMONDI, ad l. Mevius §- Duobus — Repetitio, ff. de legatis secundo, nn. 2 e 3 (D. 31, 66, 1), in Raphaelis CUMANI... *Commentationes... in eius Pandectarum partis secundam quam Infortiatum vulgus vocitat* cit.

(118) Un dato appariscente, ma che in questo momento ci interessa poco, è che il Cumano sembra rifarsi soprattutto alla tradizione dottrinale prebartoliana, nella quale si esclude che l'usufrutto sia *pars praedicamentalis* del *dominium.*

(119) *Res* e *dominium, fundus* e *dominum, pars dominii* e *pars fundi, commoditas rei* come oggetto dell'usufrutto causale e *ius utendi fruendi* come oggetto di quello formale: è appena il caso di segnalare che, su questa problematica, l'instabilità terminologica, unita ad una inevitabile instabilità concettuale, e alla solita commistione fra usufrutto causale e formale, genera anche non pochi equivoci. In genere, si esclude che l'usufrutto possa essere *pars fundi,* giacché il fondo è una entità corporea (ma, per una smentita, vedi GIASON DEL MAINO, ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 4, in IASONIS MAYNI *In secundam Digesti Novi partem commentaria,* Venetiis, 1598), e da taluno si precisa, con soluzione singolare ma teoricamente corretta, che si può anche parlare di *pars fundi* ma «vere sumendo fundum pro quodam toto intellec-

mero *ius;* contrapposizione — certo non nuova — fra *servitus* e *res*; lo stesso usufrutto causale, la *commoditas,* concepito come effetto della posizione dominativa del soggetto; la assoluta inidoneità dello schema concettuale della *pars* a costituire un riferimento logicamente e tecnicamente valido per l'usufrutto.

c) 'Servitutes' e 'dominium'.

Lasciando da parte le definizioncelle scolastiche di servitù prediale e personale, più o meno costruite su reminiscenze e tutte abbastanza insoddisfacenti perché formali e ripetitive, e pertanto relativamente significanti (120), cerchiamo di individuare una definizione sostanziale della *servitus* — categoria unitaria che continua a non avere scossoni malgrado la accresciuta consapevolezza delle peculiarità dell'usufrutto — sorprendendola nei suoi nessi sistematici con gli altri diritti reali e soprattutto con la realtà incombente e antagonista del *dominium.*

Che *servitutes* e *dominia* costituiscano due 'species oppositae' è dottrina ricevuta (121), che troviamo consolidata nel più ampio e capillare apporto della letteratura sistematica in tema di servitù e cioè nei *Tractatus* del veronese Bartolomeo Cipolla (122). Dal punto di vista della costruzione giuridica è però rilevante domandarsene il perché e tentare di identificare le motivazioni tecniche che portano alla contrapposizione logica. A ben leggere, queste si fondano tutte sulla ferma coscienza della intima eteronomia della servitù. «Ius incorporale, quod per se non stat», dice Paolo di Castro di quelle

---

tuali» (PAOLO DI CASTRO, ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 1, in PAULI CASTRENSIS *In secundam Digesti Novi praelectiones* cit.).

(120) A differenza di quanto avviene per il *dominium,* dove, in assenza di precedenti condizionamenti, lo sforzo definitorio — per esempio di Bartolo — è altamente inventivo, e speculare delle forze culturali e tecniche circolanti nell'esperienza medievale.

(121) Per un esempio, cfr. Giovanni DA IMOLA ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 3, in Ioannis DE IMOLA... *In secundam Digesti Novi partem commentaria* cit.

(122) Bartolomeo Cipolla († 1475), docente nell'Ateneo patavino, nella premessa al 'tractatus de servitutibus urbanorum praediorum', ammette di essersi dedicato alla redazione dei due 'tractatus', sia «cum igitur nullus iurisconsultorum nostrorum hactenus librum de servitutibus composuerit», sia perché i suoi *auditores* dei 'corsi' universitarii «hoc a me saepissime quaesierunt».

prediali ([123]), e da molti si insiste su un dato già messo in luce nelle pagine precedenti e debitamente sottolineato: che con queste strutture ci si arresta al lato esteriore della cosa senza incidervi, che di *qualitates* si tratta e non di forme giuridiche radicate nella *substantia rei* ([124]) e ritorna il problema della corretta qualificazione della superficie sciattamente catalogata come servitù nelle fonti romane, problema risolto nel contrappunto fra *servitus* e *dominium utile:* il superficiario ha determinati poteri sul bene perché ha un dominio utile e non una semplice servitù; e ha tali poteri per un supremo motivo antropologico prima ancora che tecnico, e cioè che la propria situazione giuridica «non est qualitas sed substantia» ([125]), impegna la *res,* vien quasi a identificarsi con la *res* in alcune sue dimensioni essenziali. Lo stesso usufrutto, creatura ambigua ed ancipite, o è servitù, o, se non è servitù, rappresenta soltanto una potenzialità del dominio di amputare dal suo seno l'*uti-frui* e creare la servitù *utendi-fruendi* ([126])

Questa eteronomia della servitù è ben segnata nei suoi riflessi costruttivi alla fine della ricca stagione quattrocentesca, in un commento di Bartolomeo Socini, che dimostra appieno il profondo valore espressivo che hanno per lo storico del pensiero giuridico certe architetture tecniche, o anche certi sottili merletti tecnici. Il discorso è in tema di possesso e, più in particolare, della situazione possessoria di un titolare di servitù; il contrappunto è con la situazione del *dominus.* Sotto un profilo sistematico la riflessione

---

([123]) Paolo DI CASTRO, ad l. Servitutes, ff. de servitutibus, n. 2, in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Veteris praelectiones,* Lugduni, 1548.

([124]) «[Servitutes] consistunt idest inhaerent ut character inest animae, ergo patet quod sunt qualitates. Probatur aperte in l. Quid aliud, infra, de verborum significatione» (Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Servitutes (tertia), ff. de servitutibus, in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris.* cit; Bartholemaei CAEPOLLAE *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum* cit., cap II, n. 4.

([125]) Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Servitutes (tertia), ff. de servitutibus (*loc. ult.cit.*); Giason DEL MAINO, ad l. Si tibi homo § valet legatum, ff. de legatis primo (D. 30,86,4), in Iasonis MAYNI *In secundam Infortiati partem commentaria* cit.

([126]) «usufructus formalis nihil aliud est quam servitus personalis ... usufructus autem causalis non est distinctus a dominio, nec est servitus, sed consistit in quadam potentia creandi usumfructum formalem in se et in alio» (Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Usufructu, ff. soluto matrimonio (D. 24,3,57), in Angeli UBALDI perusini *In primam atque secundam Infortiati partem commentaria,* Venetiis. 1580).

rivela un notevole interesse. Insegna il Socini sulla scia di Bartolo:

> «In usufructu et in aliis iuribus incorporalibus datur quasi possessio et non in dominio, quia possessio causatur ex patientia domini, quae non reperitur in proprietate seu dominio, ad cuius acquisitionem sola traditio rei corporalis sufficit... et potest ratio Bartoli declarari quod aliquando ius meum, quod habeo, causatur ab alio iure existente in persona alterius, a quo dependet et est ab eo distinctum, et tunc ex patientia illius quaeritur mihi quasi possessio illius iuris, prout est videre in usufructu et caeteris servitutibus, quae pendent ab animo praedii servientis, nimirum si illius patientia causat mihi quasi possessionem illius iuris. Aliquando ius meum mihi acquisitum non causatur neque pendet a iure existente in persona alterius, prout est dominium, et tunc ex patientia alterius non habeo quasi possessionem, quia patientia alterius nihil debet operari respectu dominii mei, quod non pendet ab aliquo iure alteri competenti» (127)

La *possessio* riconosciuta al *dominus* nasce dalla autonomia della sua situazione. Esperita la tradizione, il *dominus* non deve render conto a nessuno né da alcuno è necessariamente condizionato nell'esercizio della sua posizione giuridica. Che è esattamente opposta a quella di un titolare di servitù, il quale deve fare i conti con la pazienza continuativa del *dominus* e la cui posizione ha una dipendenza giuridica da quella di lui; a cui l'ordinamento dà soltanto una *quasi possessio iuris*. Lo dice efficacissimamente Bartolomeo Socini: "pendet a iure existente in persona alterius": che è ciò che noi chiamiamo eteronomia, esigenza di un assetto senza radici e strutturalmente fragile di essere funzionalmente pensato e costruito come eterodipendente. Alla *quasi possessio,* che l'ordine giuridico riconosce ai titolari di servitù, si presuppone anche e soprattutto questa realtà ontica profonda.

d) 'Servitus' e 'dominium utile'.

È sul piano dei poteri che si coglie nitidamente la distanza che separa una situazione di servitù da un'altra di dominio utile: a livello di epifania di poteri si ha l'affioramento di strutture appartenenti a due diversi — e opposti — emisferi giuridici. E si insiste sui punti consueti, che già ben conosciamo dopo la lettura di Bartolo e di Baldo: che l'utilista, a differenza del titolare di una servitù reale o

---

(127) Bartolomeo SOCINI, ad l. Naturaliter, ff. de acquirenda possessione, n. 5, in Bartholomaei SOCINI *In Digesti Novi ac Codicis rubricas* cit.

perso nale, può imporre validamente delle servitù sul fondo (128); che «habens utile dominium potest rem pignori et hypothecae dare» (129); che l'utilista può denunziare la nuova opera *proprio nomine,* potere che è disconosciuto all'usufruttuario che lo potrà fare soltanto *procuratorio nomine* (130)

Perché tutto questo? Perché i *domini utiles* hanno uno *ius potentius* (131), che è *potentius* proprio perché appartiene all'emisfero dominativo. Anche se talvolta si constatano delle contraddittorie e inspiegabili cadute (132), il carattere autenticamente domina-

---

(128) Paolo DI CASTRO, ad l. Servitutes praediorum, ff. de servitutibus, nn. 1-2 e 4 (D. 8,1,3), in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Veteris praelectiones* cit.); Bartolomeo DA SALICETO, ad l. Et in provinciali, C. de servitutibus et aqua, n. 1 (C. 3,34,3) (in Bartholomaei A SALICETO *In tertium et quartum Codicis libros,* Venetiis, 1574).

(129) Raffaele FULGOSIO, ad l. Tutor §. etiam, ff. de pignoratitia actione (D. 13,7,16,2) (in Raphaelis FULGOSII... *In primam Pandectarum partem tomus primus* cit.) e ad l. Gregc pignori §. et in superficiariis, ff. de pignoribus et hypothecis (D. 20,1,13,3) (*ibidem*).

(130) Paolo DI CASTRO, ad l. In provinciali § si ego ff. de operis novi nuntiatione, n. 1 (D. 39,1,3,3) (in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti. Novi praelectiones* cit); Raffaele RAIMONDI, ad l. In provinciali §. si ego, ff. de operis novi nunciatione, n. 2 e ad l. Hoc edicto §. usufructuario, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 (D. 39,1,1,20) (Raphaelis CUMANI *In eius Pandectarum partis primam quae... Digesti Novi appellatione differtur* cit.); Mariano SOCINI IL VECCHIO, ad cap. Cum ex iniuncto, X. de novi operis nuntiatione, n. 35 ss. (soprattutto nn. 46-47) (EXTRA. 5,32,2) (in Mariani SOCINI SENIORIS... *Commentaria super secunda parte libri quinti Decretalium...,* Parmae, 1574); Ludovico PONTANO, ad l. Hoc edicto §. usufructuarius, ff. de operis novi nunciatione, n. 9 (in Ludovici PONTANI... *In primam atque secundam Digesti Novi partem commentaria* , Venetiis, 1580) e ad l. In provinciali §. si cgo, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 ss. (*ibidem*); Giason DEL MAINO, ad l. In provinciali, ff. de operis novi nunciatione, nn. 1-3 I in Iasonis MAYNI *In primam Digesti Novi partem commentaria,* Venetiis, 1598).

Va segnalato, per la dovuta precisione, che, per motivi diversi che non è qui il caso di elencare, a differenza dell'usufruttuario, al titolare di servitù prediale è consentito di denunciare la nuova opera.

(131) Paolo DI CASTRO ad l. In provinciali §. si ego, ff. de operis novi nuntiatione, n.1 (citata alla nota precedente): 'superficiarius vel feudatarius vel emphyteuticarius, qui habent ius potentius... ius usufructus, quod est minus potens ius quam utile dominium...».

(132) Come quando Angelo degli Ubaldi, un personaggio da noi spesso citato per i suoi contributi di indubbia acutezza, a proposito del dominio utile, esce in questa affermazione che pare smentire tutto quanto la documentazione da noi esaminata ci ha fatto concludere nel testo: «non concessum nec contractum super re, sed super usu rei, sed venit per quandam interpretationem et est dominium improprie» (ad l. Ex hoc iure,

tivo del dominio utile si consolida e il suo stacco dal quasi dominio è indubitato (133); sul 'qualecumque dominium' segnato incidentalmente e senza grossi significati tecnici nelle fonti romane (134), si discute abbondantemente perché ciò dà esca alla fantasia sbrigliata dei giuristi, ma la conclusione comune è che il riferimento sia a due qualità di dominio, e cioè il diretto e l'utile (135). È questa, come ha cura di avvertirci Angelo degli Ubaldi (136), l'opinione che «praevalet et observatur» e che «in iudiciis practicatur».

---

ff. de iustitia et iure, n. 12 (D. 1,1,5) (in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris* cit.).

(133) Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Julianus §. idem Julianus, ff. de rei vendicatione, n. 3 (D. 6,1,17,1) (in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris* cit.); Paolo DI CASTRO, ad l. Cum in rem C. de alienatione iudicii mutandi facta, n. 3 (C. 2,54) (in Pauli CASTRENSIS *In primam Codicis partem praelectiones* cit.); Raffaele FULGOSIO, ad l. Minor §. si servus, ff. de evictionibus, n. 4 (D. 21,2,39,1) (in Raphaelis FULGOSII *In primam Pandectarum partem commentariorum tomus secundus...* Lugduni, 1554) (più sfumata, ma consapevole e non scorretta, la posizione di Fulgosio nel commenio alla l. Julianus §. idem Julianus, ff. de rei vendicatione, n. 5 (in Raphaelis FULGOSII *In primam Pandectarum partem commentariorum tomus primus* cit). ; Giovanni DA IMOLA, ad l. Cum postulassem §. damni, ff. de damno infecto, n. 1 (D. 39,2,44,1) (in Ioannis DE IMOLA... *In primam Digesti Novi partem commentaria,* Venetiis, *1580).*

(134) Nella l. Si mater §. eandem, ff. de exceptione rei iudicatae (D. 44,2,11,4 e 5) si legge: 'nam qualecumque et undecumque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit'.

(135) Paolo DI CASTRO, ad l. Si mater §. eandem, n. 2: «cum primo dicit se dominum vel rem ad se pertinere iure dominii videtur dixisse iam de directo quam de utili ut in fi. huius §§. in ver. qualecunque, quod non potest referri nisi ad qualitatem dominii, non ad qualitates causarum ex quibus acquiritur, licet id quod postea sequitur 'et undecunque' se referat ad qualitates causarum quarum quaedam sunt de iure naturali seu gentium, quaedam de iure civili. Et ita intellige hic GLOSSAM... et istam opinionem tenet DYNUS et BARTOLUS...» (in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Novi praelectiones* cit.).

(136) Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Si Mater §. eandem (in Angeli UBALDI perusini *In I. atque II. Digesti Novi partem et in tit. de interdictis commentaria* cit.).

'USUS FACTI'

(La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova)

Fondazioni per un discorso nuovo.

1. Proprietà e povertà: una disputa inaugurale dell'età nuova. — 2. Consapevolezza giuridica del discorso dei teologi sulla povertà. — 3. Una testimonianza paradigmatica: la decretale «Exiit qui seminat» tra istanze medievali e consapevolezze nuove. — 4. «Facultas dominandi»: la fondazione teologica e psicologica della sociologia francescana.

1. Se v'è una comunità religiosa che mal si presta ad essere collocata all'interno delle strutture dell'ordine medievale, è senza dubbio quella francescana; se v'è una testimonianza letteraria e dottrinale portatrice di un discorso sostanzialmente innovatore e anticipativa di esigenze e idealità che sarebbero emerse più decisamente nei secoli a venire, questa è la regola francescana; se v'è infine una controversia che mette a nudo spietatamente la crisi del mondo medievale e si pone come premonitrice e promotrice di nuovi sentieri di ricerca filosofica, sociologica e giuridica, è la grande disputa sulla povertà che impegna sì tutto il più maturo medioevo a un rilevantissimo sforzo dialettico, ma che trova nell'àmbito delle scuole francescane il suo momento storicamente più valido e più vitale (1).

É a Parigi, alla metà del Duecento, che, nel fertile terreno dell'Università, la disputa scoppia nella forma d'una clamorosa e

(1) La letteratura in proposito — agiografica, storica, storico-teologica, storico-filosofica — è enorme. Per una prima informazione basti rinviare a M. D. Lambert, *Franciscan poverty. The doctrine of the absolute poverty of Christ and the Apostles in the Franciscan Order*, 1210-1323, London, 1961. Sotto il profilo storico-giuridico un ottimo strumento è offerto da G. Tarello, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, III (1964). Dati il fine e l'impostazione del presente saggio, le citazioni bibliografiche saranno intenzionalmente ridotte al minimo essenziale.

virulenta apostrofe rivolta dal clero secolare agli ordini mendicanti; e si inizia un alterco dottrinale che, dilatandosi sempre più, incidendo su zone sempre più vaste dell'esperienza culturale e religiosa, variando il proprio contenuto con una incredibile capacità assorbente, impegnerà discontinuamente la Chiesa occidentale fino al Concilio di Costanza.

Non si tratta di una controversia dall'oggetto limitato e circoscritto; anzi, come or ora si accennava, ci troviamo piuttosto di fronte ad un filo conduttore che, nel suo lungo itinerario, nei suoi numerosi diverticoli, è sempre e dovunque occasione di stimoli precisi ed efficaci, di fermenti e riflessioni, nel tormentato processo di trasformazione della società e della Chiesa alla ricerca d'un volto nuovo. La riposata solidità delle sistemazioni dottrinali del Medioevo diviene qui tensione di ricerca, fragilità di nuovi impianti, provvisorietà d'un discorso non verificato, e tutto suona anticipazione, ai margini dell'eresia, nell'incombente rischio della condanna da parte di una società ecclesiale che ha storicamente conquistato le sue certezze e non intende discuterle.

La disputa nasce sul piano ecclesiologico (2), assumendo quali temi fondamentali non solo l'inserimento dei nuovi ordini mendicanti nella vita organizzata della Chiesa, ma altresì, e conseguentemente, la strutturazione sacerdotale e pastorale di diritto divino nonché il tema delicato e scottante delle potestà del Pontefice in ordine a questa strutturazione.

Diciamo subito che una simile problematica non sarà qui esaminata; la nostra attenzione si sposta infatti a quel momento in cui la controversia lascia il terreno puramente ecclesiologico e, facendo suo il problema della povertà di Cristo e della Chiesa, si inserisce per ciò stesso in un panorama tanto ampio da cogliere il fatto globale «società» in un suo nucleo costitutivo; è a questo livello che la disputa ci interessa, perché è solo a questo livello che, lasciando la monotonia dei motivi teologici e canonici, investe appieno la sfera del sociale e del giuridico e svela, a una lettura un pò attenta, dietro lo schermo della perfezione evangelica e della povertà, il nodo

(2) Un saggio eccellente è quello di Y. CONGAR, *Aspects ecclésiologiques de la querelle entre Mendiants et Séculiers dans la seconde moitié du XIIIe siècle et le début du XIVe*, in *Archives d'Histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age*, XXXVI (1961).

gordiano del *dominium*, e, nelle trame di questo nodo, le scelte di fondo d'una società per quanto attiene al rapporto fra uomo e beni. Aggiungiamo — e la precisazione varrà da conferma per quanto dicevamo più sopra — che è quasi esclusivamente all'interno delle scuole francescane e grazie alla loro meditazione che si opera, nella seconda metà del Duecento, questa singolare trasformazione.

Sembrano così chiaramente fissati i limiti della ricerca: una rilevazione dei dati più salienti offerti, sul problema della appropriazione privata dei beni, dalla speculazione teologica francescana così come ci è testimoniata nel momento più maturo della controversia sulla povertà; rilevazione però sempre sorretta e orientata dalla consapevolezza del disteso itinerario dottrinale nel quale quei dati si inseriscono. Solo infatti una consapevolezza dei tempi lunghi ci consentirà una storicizzazione compiuta; il rivolo emerso nel grembo della cultura medievale, a cavaliere fra il Duecento e il Trecento, sarebbe stato presto assorbito dalla ufficialità trionfante di quella cultura ma avrebbe avuto anche la ventura di riemergere, a distanza di tempi e di luoghi, nelle zone più disparate, segnalando che il flusso sotterraneo continuava, e continuava nei germi provocati da quella fertilità nascosta fino a convogliarsi poi nella manifestazione piena, aperta e sconvolgente di qualche secolo dopo.

Quel che ci preme qui — se pure ancora indimostratamente — puntualizzare è la perfetta isolabilità del discorso francescano sulla povertà: di rado, nei grovigli dottrinali che la storia perennemente propone, è consentito rilevare tanta autonomia nella genesi e nello sviluppo, tanta semplicità di linee, tanta demarcazione di confini come in questo originale pensiero francescano proiettato verso il futuro, «scandalosamente» contestativo delle soluzioni ufficialmente accettate, e, in qualche modo, scardinato dalle matrici circolanti della cultura medievale.

Per chi voglia studiare, come facciamo noi, la nozione di proprietà nella crisi della *interpretatio* medievale, nessun filone letterario è fecondo quanto quello da noi scelto. Ad una condizione però: che i risultati di questa speculazione non vengano interpretati come deformazione e deteriorazione d'un patrimonio passato, quanto primo punto fermo d'un lungo filo conduttore che lega quei risultati per l'innanzi e li propone interpretativi d'una realtà assai più vicina a noi. É con questa convinzione che abbiamo voluto inserire

la presente ricerca in una rivista destinata a studiare la storia del pensiero giuridico moderno come storia di ciò che ha rilevanza per la comprensione del presente giuridico. Siamo convinti infatti che un contributo non minimo a questa comprensione venga offerto a noi dalla meditazione francescana sulla povertà, apparentemente situata in un terreno storico remoto, apparentemente avulsa dalla nostra coscienza di moderni, polverosa come un coccio antico nella sua dimensione formalmente teologica.

Non oseremmo aggiungere nulla di più su questo punto; il lavoro, nel suo documentato svolgimento, dimostrerà l'esattezza, o meno, di un simile assunto. Ma una considerazione ancora può riuscire chiarificatrice, e concerne l'oggetto della grande controversia. I suoi termini essenziali sono *dominium* e *paupertas*; è di essi che si parla fino alla noia; sono essi ripetuti monotonamente in ogni pagina, tanto che si può affermare, senza tèma di smentita, che mai come in queste opere si è tanto parlato di povertà e di proprietà.

Ciò basta a collocare la disputa stessa, e tutta la letteratura in cui prende forma, ai limiti o addirittura oltre i limiti di una visione medievale dei rapporti tra uomo e cose. Povertà non è qui un generico atteggiamento spirituale di distacco dai beni mondani, ma una regola anche sociale e giuridica nettissima nella sua enunciazione, immediatamente concretantesi in un comportamento e in uno stato dai contorni assolutamente definiti, significante una separazione funzionale tra cose e soggetti. Povertà qui non è il prodotto di un vago misticismo, bensì la proposizione d'una visione del mondo che poco ha in comune con la visione medievale. Questa scaturiva da un modo intenso di sentire l'incarnazione dei valori religiosi nelle temporalità, in una grandiosa e unitaria sistemazione integralistica in cui ai beni, alle ricchezze, alle forme, insomma alla realtà esteriore, si conferiva un compito primario in armonia con lo spirituale, integrativo ed esplicativo di quello. Il nuovo linguaggio sulla povertà, che diviene ormai compiutamente un discorso sulla povertà, si pone fuori di questo alveo, operando un capovolgimento di valori e creando cesure dove ci si era sforzati di raccogliere in unità.

Vale la pena di ripetere che qui si fa riferimento esclusivamente alla povertà francescana: una povertà impietosa, assolutizzata fuori del tempo e dello spazio; una povertà che è rottura d'un equilibrio faticosamente fissato in una tradizione secolare; una povertà sentita

e vissuta, e teoricamente costruita, come scelta totale; una povertà che è astinenza, nel mondo, dal mondo; che tenta la costruzione d'una santità nel mondo rifiutando il contributo, anche soltanto strumentale, delle cose del mondo; che esaspera bene e male come scelte integrali senza nulla tollerare o dissimulare o condiscendere. Visione esasperatamente dualistica della città terrena nei suoi radicali, insanabili contrasti, nella sua essenziale opposizione fra mondo dei soggetti e mondo delle cose; visione nella quale si percorrono e forse storicamente si motivano fratture e dualismi del futuro.

Una povertà siffatta è francescana e soltanto francescana: sempre nell'àmbito dei grandi ordini mendicanti di origine medievale, i domenicani ce ne dànno infatti una versione assai meno drammatica, forse meno sentita, ma ben più in armonia con le premesse teologiche e pastorali della Chiesa del Medioevo (3).

Abbiam detto più sopra che il linguaggio francescano sulla povertà è insensibilmente diventato un discorso sulla povertà, organico, autonomo, insulare rispetto al circostante tessuto; tanto organico e autonomo che gli scrittori minoriti si diffondono nella regolazione dei suoi confini, mettendo organicamente in contatto la povertà, come regola sociale, con le altre regole dell'assetto sociale, segnandone l'autonomia grazie all'esame parallelo del suo *oppositum*, cioè la proprietà privata. E il discorso sulla povertà diviene sempre, costantemente, anche un discorso sulla proprietà, giacché povertà finisce per essere non-proprietà; e ogni trattato sulla povertà si converte, come vedremo, nell'analisi minuta, approfondita del *dominium*; ogni trattato porta avanti la propria analisi alla luce, per così dire, di un positivo e di un negativo, e a quel negativo sempre si dà un contenuto e un termine: *dominium*.

Si vedranno dopo le ragioni della scelta; qui ci basta segnalare questa singolarità: che presso i nostri scrittori non viene chiamato possesso, dominio utile, usufrutto come li poteva provocare l'esame della complessa realtà fondiaria medievale entro la quale vivevano ed operavano, ma si identifica con una parola concettualmente ben

(3) Per rendersi conto di ciò, basta, a titolo esemplare, dare uno sguardo anche frettoloso agli scritti tomisti in proposito. Cfr. S. TOMMASO, *Contra impugnantes Dei cultum et religionem* e *De perfectione vitae spiritualis*, in *Opuscula theologica*, II. *De re spirituali*, cur. R. Spiazzi, Taurini-Romae, 1954.

precisata: *dominium*. Singolarità tanto maggiore se si pensa che, sul piano economico-giuridico, giuristi e prassi avevano, in un processo secolare, spostato la loro attenzione dalla proprietà a forme collaterali ed avevano elaborato un sistema fondiario nel quale al *dominium* come appartenenza spettava un ben miserevole ruolo (4); che, sul piano giuridico-politico, i problemi relativi alla autorità e al potere erano stati risolti con una terminologia e un apparato concettuale in cui la nozione-termine *dominium* appariva marginale (5).

Perché questo discorso francescano così avulso dalle correnti di fondo del mondo contemporaneo? Perché questa sordità alle scelte della società medievale? Peccano i nostri teologi di inconsapevolezza, redigendo i loro trattati in chiostri impenetrabili al clamore esterno? O è il candore astratto del mistico incapace di cogliere la storicità dei fenomeni? Sarebbe una diagnosi affrettata e una valutazione peccante di superficialità. Diciamo piuttosto che si sta iniziando, pur con le sue incertezze, un discorso poggiante su particolari fondazioni culturali in gran parte diverse da quelle della ufficialità medievale, discendente da precisi presupposti di indole filosofica con proprie scelte di fondo che non collimano con quelle generalmente imperanti.

Assistiamo al nascere e al progredire, all'interno dell'organismo medievale, di una cellula intrinsecamente autonoma che non tarderà a divenire cancerosa, e perciò corrosiva e demolitrice, di quell'organismo; ma, nel tempo stesso, cellula inaugurale e costituiva d'una visione del mondo che sentiamo ancora premere sulla nostra coscienza attuale. La grande disputa pauperistica ne è forse una delle testimonianze più fedeli e più lucide vissuta entro il grande problema del rapporto uomo-cose. E dietro questo problema, caratterizzante tutta la storia del diritto occidentale (sordo a schemi di giustizia distributiva ma intento a realizzare al suo interno la giustizia commutativa), è tutto un volto del diritto a delinearsi nella sua diversità.

---

(4) P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, *passim*.

(5) É quanto si rileva dall'ampia opera di P. Costa, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale* 1100-1433, Milano, 1969.

2. É nostra intenzione studiare le testimonianze francescane della controversia sulla povertà dal suo prender forma compiuta fino alla decretale «Cum inter nonnullos» di Giovanni XXII, all'incirca dalla metà del Duecento al 1323. Entro queste date è il colmo della letteratura pauperistica, la controversia enuclea i suoi fondamenti, enuncia i suoi motivi centrali, fissa i suoi compiti. L'intervento papale, manifestatosi nel giro di alcuni anni con ripetuti atti normativi, contribuisce, per un verso, ad attenuare il grande sforzo speculativo, per un altro, a indirizzare la controversia su un terreno sensibilmente diverso e in diverse direzioni (6).

Ci rendiamo perfettamente conto che nel giro dei decenni presi in esame, dal punto di vista della storia francescana e della storia pauperistica, c'è un divenire che andrebbe coscienziosamente segnato. Crediamo tuttavia che il nostro angolo di osservazione ci consenta una valutazione unitaria, pur nel debito rilievo che sarà dato agli spostamenti qualitativi nelle prese di coscienza dottrinali (7).

Gli autori che noi studieremo non sono giuristi, ma tutti teologi appartenenti all'ordine francescano. Né questo sgomenta lo storico del diritto, né lo costringe a una ottusa verifica di confini nella grossolana convinzione che il diritto, come forma del divenire storico, nel travaglio del suo divenire, sia nettamente scindibile dalle trame della complessa realtà culturale o dalla incandescenza dei fatti economici.

Sul piano storico-giuridico si propongono a noi, nel particolare momento che abbiamo in esame, due piani distinti: quello del sistema giuridico medievale, ormai assestato nelle sue linee solidissime e basato su conclusioni ormai ferme; è il sistema sperimentato

---

(6) Tra la vasta operosità che Giovanni XXII pone in essere sul tema che ci interessa, sono degne di particolare attenzione la Bolla «Ad Conditorem Canonum», del 1322, e la Bolla «Cum inter nonnullos», del 1323, due rilevantissimi atti normativi nettamente antifrancescani per il tono e per il contenuto. Nel secondo si qualifica addirittura come eretica l'affermazione della assoluta povertà del Cristo e degli Apostoli. Essi possono, storicamente, essere assunti come termini di chiusura di un momento della disputa sulla povertà. Una chiarificatrice esposizione è offerta dal TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà*, cit., p. 411 ss.

(7) Basti pensare a quella particolare presa di coscienza dei valori della Regola, che è costituita, all'interno della vicenda storica dell'Ordine, dagli Spirituali.

da secoli di prassi altomedievale, irrobustito dalle elaborazioni tecniche dei giuristi di diritto comune, che trova nella interpretazione tomista dell'uomo e della realtà sociale la legittimazione teologica e filosofica di quelle elaborazioni. É un sistema suscettibile, ai primi del Trecento, d'un ancor ampio sviluppo; che da una sapiente dottrina sarebbe stato nei secoli XIV e XV dilatato nel suo respiro dialettico e più tardi sottoposto a un'analisi minutissima e infine a una sistemazione non caduca; che avrebbe avuto vita lunga fino ad arrivare, ad esempio, in Italia, alle soglie della Codificazione; ma che sarebbe stato ormai, sempre e comunque, una costruzione dalla base filosofica già perfettamente formata e conchiusa, non disponibile a ulteriori apporti dalle future pienezze dei tempi. É un sistema giuridico che, malgrado il discorso quantitativamente enorme dei giuristi, soffre sempre più di inerzia culturale e sempre più si isterilisce.

L'altro piano, cui or ora si accennava, è quello del nascere di una riflessione che sarebbe poi, dopo un lungo assorbimento, divenuta la nuova coscienza giuridica; riflessione che, pur destinata a realizzarsi in certe soluzioni giuridiche, in certi istituti giuridici, in certe articolazioni tecniche, si pone, al suo sorgere, quale indagazione soprattutto teologica e filosofica. Ma il discorso del giurista che è, sul piano culturale, sempre conclusivo, ne sarebbe stato condizionato e determinato, e il futuro ordinamento ne avrebbe ricavato una tensione in un senso o in un altro, ne avrebbe segnato il volto, vi avrebbe trovato il proprio marchio di originalità.

L'animo con cui guardiamo a questi scritti teologico-filosofici è infatti quello di reperirvi la piattaforma estrema sulla quale sarà pensata e modellata la struttura della futura realtà sociale, il capo iniziale d'un itinerario che coinvolgerà tutti gli aspetti della vita, ultimo fra questi il diritto. Capo iniziale che sicuramente non interessa gli operatori giuridici ad esso contemporanei, intenti a lavorare sul terreno già decantato e acquisito alla *forma iuris*, culturalmente e socialmente statico e assestato, ma su cui è fitta e laboriosa e incisiva l'orditura di chi ha il privilegio e il rischio di pensare criticamente le ragioni prime d'una comunità. Privilegio e rischio che incombono soprattutto al teologo.

Non dimentichiamo che la nascente costruzione d'una cultura e d'una società rinnovate si inserisce in una civiltà che è ancora

caratterizzata — e che lo sarà per secoli — da condizionamenti di indole religiosa; civiltà dove ancora il metafisico non ha confini determinati rispetto alla dimensione temporale, dove le regole prime del divenire stanno riposte nella immobilità del divino sia pure variamente interpretato.

In questa civiltà lo spazio del teologo è enorme, ed enormemente si dilata la sfera della sua competenza senza che nulla, sul piano intersubbiettivo od intrasubbiettivo, possa pretendere di sfuggirgli. Ed è al teologo che spetta la rilevazione dei dati primi della organizzazione comunitaria, l'elaborazione d'una sociologia che, anche se costruita dall'alto, anche se modellata da precisi assunti metafisici, è lo specchio d'una società in movimento col suo carico di valori relativi, di schemi tipici, di soluzioni pratiche; è al teologo insomma, un teologo ugualmente attento alle vicende del temporale e alle gerarchie angeliche, che chiediamo le premesse sociologiche dell'analisi giuridica.

Ma questo non basta. Già all'interno di queste premesse sarebbe arduo e forse illegittimo separare giuridico e metagiuridico: in una civiltà siffatta teocraticamente orientata il suo essere e il suo dover essere inclinano a fondersi, e il diritto tende a restar compreso nell'idea di giustizia, a non separarsi dalle sue matrici etiche, ponendosi anzi quale derivazione di presupposti etici.

Si aggiunga che questo diritto non è ancora formalisticamente inteso nell'aspetto prevalente della legge, cristallizzazione normativa sottratta alla circolazione culturale; qui il diritto continua ad essere, come nella grande eredità medievale, porzione integrante della vita culturale, scansione vitale dell'esperienza.

É questa una civiltà che, ancora per poco, continua ad avere dimestichezza col diritto, perché ha ereditato dal medioevo e dalla sua visione naturalistica dell'ordine giuridico e degli istituti un senso fisiologico di questi; un senso che, tra breve, e lo vedremo, il volontarismo francescano stravolgerà fino a darcene una versione addirittura capovolta. Ancora, in questi primi filoni dell'età nuova, pur accanto a una costruzione potestativa del diritto correttamente dedotta dalle premesse volontaristiche, il linguaggio e lo stesso strumentario concettuale denunciano un discorso culturale per larga parte improntato alla «scientia juris» e quasi modellato su questa,

una familiarità non ancora presaga dell'esilio in cui la cultura generale dei tempi più recenti ha relegato quella giuridica.

Linguaggio giuridico e concetti giuridici sono ancora per questi teologi francescani tanto disarticolati dalle strutture ufficiali della civiltà loro contemporanea un indispensabile strumento discorsivo, uno dei pochi capaci di organizzare un linguaggio in un discorso serrato e coordinato. Segno che, anche se avviene un rilevantissimo spostamento di valori, cioè di contenuti, il meccanismo di approccio conoscitivo resta, inciso durevolmente dal costume culturale medievale.

Queste considerazioni non volgono soltanto a determinare il significato storico della qualificazione «teologi-teologia-opere teologiche» con la quale identifichiamo l'oggetto del nostro studio, ma servono a giustificare il ricorso frequentissimo fatto in quelle opere alle fonti romane del *Corpus Juris* giustinianeo (8), l'uso altrettanto frequente dell'argomentazione giuridica (9), la competenza non oc-

---

(8) Si veda, per tutte, S. BONAVENTURA, *Apologia pauperum contra calumniatorem*, in *Opera omnia*, t. VIII, Ad Claras Aquas, 1898, cap. XI, par. 9.

(9) É questa una constatazione che vale per tutti i partecipanti alla disputa, da Bonaventura in poi, e non soltanto per coloro che, come, ad esempio, Bonagrazia da Bergamo, ci sono noti per una grande preparazione giuridica (cfr. L. OLIGER, *Fr. Bonagratia de Bergamo et eius tractatus de Christi et Apostolorum paupertate*, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XXII (1929), p. 294), ma addirittura per gli stessi appartenenti alla setta degli Spirituali, cioè per chi dovrebbe più di ogni altro essere disancorato dai giuridicismi. In molti di questi Spirituali non compaiono soltanto le consuete citazioni dai *Digesta* e una vivissima cultura giuridica («et hoc habetur ex jure. Unde dicunt iuristae quod...»), ma altresì una conoscenza tecnica del diritto (l'inciso ora riportato è tratto da un trattatello spirituale, risalente all'incirca al 1311-1312, e, sotto questo profilo, esemplare. Cfr. *Anonymi spiritualis responsio «Beatus vir» contra «Abbreviaturam Communitatis»*, cur. A. Heysse, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XLII (1949), p. 225). Non è poi infrequente il caso paradossale di chi, dopo aver dichiarato la propria ignoranza giuridica («quid dicam de iuris apice, cuius sum inscius? Aut quid respondebo pectori pleno iure, quo sum vacuus?»), dimostra una larghissima dottrina in proposito e, quel che è più singolare, una impostazione autenticamente giuridica. L'esempio, cui ora ci riferivamo, è quello di Riccardo di Conington (cfr. *Responsiones fratris Richardi de Conygtona ad Rationes papales*, in D. L. DOUIE, *Three Treatises on evangelical Poverty by Fr. Richard Conyngton, Fr. Walter Chatton and an Anonymous from Ms. V III I in Bishop Cosin's Library, Durham*, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XXIV (1931), p. 360). Le «Responsiones» di Riccardo sono una delle prime reazioni francescane all'intervento

casionale ma quasi professionale che dimostrano nella dommatica romana del diritto i teologi impegnati nella controversia pauperistica (10). E anche quando essi mettono in opera il tentativo di situare la comunità religiosa francescana al di là del diritto, ogni loro pagina continua ad essere costruita da angolature proprie della «scientia juris» e intrisa di quel loro modo inalienabile di essere uomini di cultura che è la conoscenza del mondo per il tramite del diritto (11).

Si comprende quindi appieno l'importanza della disputa sulla povertà anche sotto il profilo storico-giuridico: l'oggetto di essa è anche giuridico, sebbene sia esaminato con gli occhi smaliziati e provvedutissimi di operatori culturali educati al respiro delle grandi sistemazioni teologiche e filosofiche; sebbene il diritto tenda a dilatarsi alla luce di un'esperienza più complessa. Grazie alla controversia pauperistica si opera un inserimento centrale e immediato di dati teologici e filosofici nel mondo del diritto, e la controversia e i suoi oggetti, proprietà e povertà, divengono il punto di congiunzione di diverse analisi sotto diversa osservazione.

La questione della povertà ha il grande merito di proiettare il problema teorico della proprietà sul piano di una dimensione forse mai conosciuta, nella quale non ne esce solo analizzato diffusamente nei suoi aspetti tecnico-giuridici ed economici, ma posto in funzionale contatto con molti e generali problemi filosofici; proiettato insomma dal piano rigorosamente giuridico in un terreno dalla enorme latitudine, nel quale non poteva, a sua volta, che dilatarsi e anche fondersi coi più larghi problemi del potere e dell'autorità. Certamente, si opera la sottrazione del *dominium* dal campo delimitato dei fenomeni economico-giuridici, sottoponendo l'istituto ad

---

papale in tema di povertà definitosi nella bolla «Ad Conditorem»; per questo vengono qui utilizzate.

(10) Un esempio di grossa cultura romanistica è offerto da Giovanni Peckham. Si veda Giovanni PECKHAM, *Tractatus contra fratrem Robertum Kilwardby*, O. P., ed F. Tocco, in *Tractatus tres de paupertate*, ed C. L. Kingsford, A. G. Little, F. Tocco, Aberdoniae, 1910, p. 138 ss.

(11) Puntualmente si coglie anche da non giuristi che, all'interno dell'ufficialità dell'Ordine, l'interpretazione della Regola è concepita come interpretazione di un testo normativo, sottoposta ai canoni esegetici congeniali a un simile testo (ci riferiamo alle notazioni di R. MANSELLI, *Spirituali e beghini in Provenza*, Roma, 1959, p. 100, a proposito della interpretazione della Regola da parte della Comunità).

una depurazione qualitativa, ma se ne fa, per ciò stesso, una categoria generale interpretativa della realtà politico-sociale. É ora compito nostro cogliere le linee essenziali di un simile itinerario.

3. E vogliam cominciare esaminando un atto normativo papale ben noto agli studiosi di storia francescana, assai meno noto agli storici del pensiero giuridico, ma, a più d'un titolo, rilevantissimo per il nostro discorso: vogliam dire la decretale «Exiit qui seminat» di Niccolò III, del 14 agosto 1279, che troviamo inserita nel «Liber Sextus» (12). Non siamo di fronte né a una testimonianza iniziale della disputa sulla povertà, né a una riflessione dottrinale di teologi francescani, e ci si potrebbe con ragione chiedere quali motivi, al di là di quelli cronologici e sistematici, ci spingono a cominciare da questa decretale l'indagine specifica.

Diciamo subito, quindi, a mò di chiarimento, che la «Exiit qui seminat», come atto dottrinale e normativo insieme, rappresenta per noi la confluenza di due filoni di pensiero, quello rigorosamente giuridico di marca squisitamente medievale e quello teologico-filosofico gremito dei fermenti nuovi; tanto più che, venendo promulgata nel 1279, essa si pone in un terreno sì ancora formativo della grande controversia ma già sufficientemente segnato dai primi ampli trattati sulla povertà come quelli di S. Bonaventura, di Giovanni Peckham, di Pietro Olivi. Essa, in altre parole, ci sembra avere una particolare efficacia introduttiva per la nostra indagine, esaltando il groviglio di istanze culturali che premevano sulle scelte francescane.

---

(12) Accenni alla «Exit», ai suoi motivi, alle sue fonti, al suo contenuto, alla sua efficacia si trovano in tutta la letteratura francescana. Più ampiamente ne ha trattato P. GRATIEN, *Histoire de la fondation et de l'évolution de l'Ordre des Frères Mineurs au XIII siècle*, Paris, 1928, pp. 321-333, e sulle sue conclusioni continuano a basarsi anche le opere storiografiche più recenti, come, ad esempio, J. MOORMAN, *A History of the Franciscan Order from its origins to the year 1517*, Oxford, 1968, p. 179. Una accuratissima rilevazione di dati è quella compiuta da F. ELIZONDO, *Bulla «Exiit qui seminat» Nicolai III (14 augusti 1279)*, in *Laurentianum*, IV (1963). Per scendere a ciò che interessa a noi maggiormente, un buon inserimento nella storia dottrinale ne ha fatto il LAMBERT, *Franciscan Poverty*, cit., p. 141 ss., mentre un compiuto esame dal punto di vista giuridico è quello del TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà*, cit., p. 394 ss. Omettiamo ulteriori riferimenti che possono agevolmente esser trovati, da chi ne avrà voglia, nelle opere surriferite.

Può essere chiarificatore attardarci un poco nell'esame delle circostanze storiche da cui esce la «Exiit». Niccolò III, asceso al soglio pontificale nel 1277, aveva avuto sin dalla fanciullezza familiarità e amicizia (13) con l'Ordine francescano, era stato come cardinale tra coloro che avevano esaminato e condannato il «Tractatus» contro i mendicanti di Guglielmo di S. Amore (14), e, sempre come cardinale, aveva addirittura svolto dal 1263 le funzioni di protettore dell'Ordine alle quali non aveva rinunziato che molto dopo l'assunzione al pontificato (15). Attentissimo qual'era alle cose dell'Ordine, cogliendo il profondo turbamento dottrinale all'interno di questo soprattutto in rapporto alla interpretazione della Regola (16), non tardò ad aderire alla richiesta francescana di una solenne dichiarazione interpretativa, non suscettibile di discussione per l'autorità di chi la poneva in essere.

E si iniziò la preparazione accuratissima del testo alla quale collaborarono con larghezza teologi e giuristi francescani, teologi e giuristi della Curia romana (17). Tra i francescani, Pietro di Giovanni Olivi, di cui avremo tra breve occasione di parlare, una delle intelligenze speculative più dotate, assertore di una sua teorica sulla povertà e promotore, grazie a questa, delle scelte che sarebbero state

---

(13) É il pontefice stesso che ha cura di precisarlo nel testo ufficiale della Bolla: «Nos autem, qui a teneris annis ad ordinem ipsum affectus nostros ereximus ...» (cfr. *Corpus juris canonici*, ed. Friedberg, Pars Secunda, col. 1111).

(14) Ci riferiamo al *Tractatus brevis de periculis novissimorum temporum* (cfr. M. BIERBAUM, *Bettelorden und Weltgeistlichkeit an der Universität Paris — Texte und Untersuchungen zum literarischen Armuts — und Exemtionsstreit des 13. Jahrhunderts* (1255-1272), Münster in Westfalen, 1920), nel quale si condensa una delle accuse più pesanti e più serrate contro l'ordine francescano. Per quanto si dice nel testo, cfr. ELIZONDO, *Bulla «Exiit qui seminat»*, cit., p. 76.

(15) ELIZONDO, *Bulla «exiit qui seminat»*, cit., p. 75.

(16) Esplicitamente lo afferma il Pontefice: «visum est nobis ut mordacibus huiusmodi mordendi vias praecluderemus, aliqua, quae in ipsa regula videri poterant dubia, declarare, nonnulla per praedecessores nostros etiam declarata, pleniori claritate disserere ...» (Bolla «*Exiit qui seminat*», col. IIII).

(17) Una particolareggiatissima descrizione del lavorìo preparatorio del testo della Bolla — lavorìo che si protrasse per alcuni mesi — e un minuzioso elenco dei partecipanti a questi lavori è oggi offerto dall'ELIZONDO, *Bulla «Exiit qui seminat»*, cit., pp. 76-81.

poi degli Spirituali (18). Tra i curiali, spiccavano addirittura alcuni personaggi «qui fuerunt maximi iuris utriusque periti» (19), come ci avverte una cronachetta di poco posteriore alla definizione della Bolla.

Questi dati, apparentemente poco significanti, hanno il merito di consentirci una agevole constatazione dell'impegno redazionale della Bolla e del concorso, senza risparmio di forze, delle più vive energie francescane e curiali.

Il testo della «Exiit» è lo specchio fedelissimo di questa confluenza di motivi ispiratori, i quali, pur concorrendo armonicamente nello stesso senso, fanno, a nostro avviso, della dichiarazione papale una testimonianza, a ben leggere tra le pieghe del suo discorso, complessa e bifronte, ponendosi essa esattamente nello spartiacque di due visioni sensibilmente diverse dei rapporti tra uomo e cose.

Rileggiamoci del lungo e prolisso testo pontificio il passo che affronta direttamente il nostro problema: «Nam quum in rebus temporalibus sit considerare praecipuum proprietatem, possessionem, usum fructum, ius utendi et simplicem facti usum, et ultimo tanquam necessario egeat, licet primis carere possit vita mortalium, nulla prorsus potest esse professio, quae a se usum necessariae

---

(18) Il provenzale Pietro Olivi è senza dubbio, insieme a San Bonaventura, il pensatore più significativo tra i filosofi francescani operanti nella seconda metà del XIII secolo. Della complessità della sua figura si dirà in seguito utilizzando sparsamente diverse opere storiografiche. Qui, per chi volesse gettare uno sguardo nella amplissima bibliografica sull'Olivi, basti rinviare a S. GIEBEN, *Bibliographia oliviana* (1885-1967), in *Collectanea franciscana*, XXXVIII (1968). Per un primo esame complessivo della vasta produzione oliviana, stampata e manoscritta, si può utilmente vedere D. PACETTI, *Introduzione* a Pietro OLIVI, *Quaestiones quatuor de Domina*, Quaracchi, 1954, p. 15 ss., e E. BETTONI, *Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi. Saggio*, Milano, 1959, p. 25 ss. Sul problema della partecipazione dell'Olivi alla preparazione del testo della «Exiit» e sulla misura di questa partecipazione, accanto alla notazione autobiografica dello stesso Olivi raccolta in F. EHRLE, *Petrus Johannis Olivi, sein Leben und seine Schriften*, in *Archiv für Litteratur-und Kirchengeschichte des Mittelalters*, III (1887), oltre che in *Firmamentum trium ordinum*, Venetiis, 1513, f. 107), può essere utile consultare C. PARTEE, *Peter John Olivi: Historical and doctrinal Study*, in *Franciscan Studies*, N.S. XX (1960), p. 220.

(19) Cfr. *Chronica quedam declarans quare et quo tempore declaratio predicta domini N[icolai] papae III facta fuit*, edita da F. M. DELORME in nota (n. I, p. 137) all'articolo: *Olivi quaestio de voto regulam aliquam profitentis*, in *Antonianum*, XVI (1941), p. 138.

sustentationis excludat. Verum condecens fuit ei professioni, quae sponte devovit Christum pauperem in tanta paupertate sectari, omnium abdicare dominium et rerum sibi concessarum necessario usu fore contentam, nec per hoc, quod proprietatem usus et rei cuiusque dominium a se abdicasse videtur, simplici usui omnis rei renunciasse convincitur, qui, inquam, usus non iuris, sed facti est tantum, in utendo praebet utentibus nihil iuris ...» (20).

Per una corretta interpretazione di questo importantissimo passo conviene operare un rilievo preliminare e una distinzione.

Il rilievo è che il discorso della «Exiit» non si limita al problema della povertà francescana, ma tende ad inserire le proprie conclusioni nell'àmbito di un più ampio discorso generale che spazia semplicemente «in rebus temporalibus». Ciò, in perfetta armonia con l'atteggiamento costante della controversia che, in tutti i suoi momenti più salienti, ha sempre registrato una tensione interna ad ascendere su un piano generale e a proporsi su questo quasi interpretazione dell'uomo nel tempo.

La distinzione, cui si accennava, concerne invece il clima che tutto il testo denuncia e il risultato cui perviene. Non v'ha dubbio che la «Exiit» si inserisce in un clima culturale pervaso dall'idea dell'enorme forza condizionante del fatto, o più semplicemente, del reale, delle cose; idea che incombe sul testo come un pericolo da evitare; incubo pressante per i redattori della Bolla che, pur respingendolo, dimostrano sostanzialmente di riconoscerne la intima fondatezza.

L'incubo attinge a questa certezza profonda: il fatto possiede una tale vitalità espansiva da immettersi di prepotenza in quella tipica sfera dell'umano che è il diritto e determinarla; nel ristretto settore dei diritti reali la familiarità fattuale di un soggetto con un oggetto può esporre il soggetto stesso nella situazione in cui sia costretto a rinunciare a una porzione della sua sovranità, in cui l'uso di una cosa, quale modo di concretarsi di una familiarità uomo-cosa, emerga di per sé sul piano del diritto fino a divenire, al di là della volontà dei soggetti, per forza normativa sua propria, addirittura una proprietà. É l'itinerario percorso dalla cultura giuridica medievale

(20) *Exiit qui seminat*, col. 1113.

sino alla costruzione dottrinale e pratica del dominio utile, come ha respiro medievale l'incubo della realizzabilità di ogni situazione, nell'ambito di una visione dell'ordine temporale nella quale la presupposta armonia tra realtà cosmica e uomo lascia al diritto non già il compito di tradurre sulle cose la «voluntas hominis», ma di registrare, condizionandosene, anche le istanze di quella realtà (21).

Si rilegga ora il passo della «Exiit»: prolisso, monotono, aduggiato da ripetizioni, sembra ricalcare lo stile d'una cautela avvocatesca redatta nella malcelata, anche se non dichiarata, previsione d'un rischio; il rischio di cui sono coscienti (e di cui probabilmente si fanno portatori) i canonisti di Curia, legati a convinzioni e conclusioni del diritto medievale per le quali proprietà ed uso non potevano, per le considerazioni di fondo ora esposte, essere efficacemente separati, come non potevano essere marcatamente distinti fatto e diritto implicati l'un l'altro in un continuo incessante processo osmotico.

Ma non sono i canonisti di Curia a prevalere; ad essi, alla loro buona conoscenza della dottrina medievale, è riconducibile la cautela di ripetere fino al ridicolo, che il Pontefice intendeva separato e distinto ciò che la comune coscienza avvertiva invece indistinto e armonicamente fuso; che quell'uso, di cui i francescani godevano, era un «usus non iuris, sed facti tantummodo nomen habens, quod facti est tantum»; era insomma un uso che non aveva mai attecchito nei fertili terreni medievali, ma che aveva probabilmente esigenza di quel terreno nuovo, di quella nuova fertilità, di quelle nuove prospettive, di cui i francescani si stavano facendo latori respingendo dietro di sé un patrimonio culturale derivante da premesse antitetiche alle loro.

Il risultato della «Exiit», pur nella presenza di precise ombre gravitanti sullo sfondo, si afferma oltre e contro di esso, separa con anatomica freddezza proprietà e uso, traccia un confine rigoroso e difficilmente valicabile tra diritto e fatto. Nel contesto della «Exiit» la grande riflessione medievale resta soltanto un'eco; emergono invece novità allarmanti che denunciano inversioni e fratture: l'uso

(21) É quanto abbiamo tentato di mostrare e dimostrare nel nostro corso più sopra citato su «Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale».

francescano è un uso di fatto, che non è solo al di là dei confini del diritto, ma che di per sé non sarà mai traducibile in diritto.

Non v'è più attenzione per il fatto e per la carica normativa di cui è depositario; il fatto è e resta nel novero dei fenomeni, né alcun processo ad esso intrinseco varrà a immetterlo nella sfera del giuridico. Miracolo che solo un atto di volizione potrebbe compiere, in un recupero in cui mai al fatto in sé sarebbe spettato il ruolo di momento costitutivo, bensì alla appropriazione umana di quel fatto; proprio perché dalla sfera del fatto a quella del diritto v'è un salto qualitativo non superabile.

Se il senso di tutto l'ordinamento medievale si sorprende appieno nella disponibilità a cogliere armonicamente fenomeni e soggetti, aspetto oggettivo ed aspetto soggettivo dei problemi e degli istituti, la diagnosi francescana è fuori di questo alveo; con la conseguenza che il diritto va sempre più discriminandosi e formalizzandosi, va sempre più perdendo la sua dimensione oggettiva per assumere invece la dimensione di atto di volizione.

Questo è il risultato cui perviene la solenne dichiarazione pontificia, pur così gremita di echi della civiltà circostante; risultato ed echi che fanno della «Exiit», come premettevamo all'inizio, un testo complesso, singolarissimo, appunto bifronte proprio perché recettizio di istanze di diversa indole.

Ma la sua istanza di fondo, quella su cui hanno puntato le forze francescane, per la quale probabilmente hanno lottato e vinto, è esattamente alle colonne d'Ercole d'un ampio riordinamento; è medievale quanto a grezza cronologia ma è macroscopicamente un futuribile in rapporto alle scelte imperanti nella società.

Se ne ha una verifica constatando la sua scarsissima recezione nell'àmbito della dottrina giuridica (22), malgrado che la Bolla, inserita da Bonifacio nel *Liber Sextus*, venisse in tal modo a far parte

(22) Scarsissima recezione che potrebbe trovare una giustificazione soltanto formalistica nel divieto di glosse imposto dal Pontefice. Cfr. su ciò A. C. JEMOLO, *Il «Liber Minoritarum» di Bartolo e la povertà minoritica nei giuristi del XIII e del XIV secolo*, ora in *Scritti vari di storia religiosa e civile*, Milano, 1965, p. 51 ss., e F. MARGIOTTA BROGLIO, *Ideali pauperistici e strutture temporali nella canonistica del secolo XIV. Notazioni e appunti per una edizione del «Liber Minoritarum» di Giovanni da Legnano*, in *Studia Gratiana*, XIV (1967) (*Collectanea Stephan Kuttner*, IV), pp. 387-388.

del corredo usuale e corrente di un giurista di diritto comune. Per quanto ne sappiamo, l'unico giureconsulto che ne discute largamente gli assunti dommatici è Baldo, ma anche sulla sua utilizzazione della «Exiit» non si possono non fare alcuni rilievi significativi (23).

Baldo, intelligenza speculativa, tendenzialmente portato alla costruzione di sistemi ampiamente articolati, è istintivamente attratto dal discorso papale che egli vede proteso nello sforzo di inalveare i più disparati rapporti tra uomo e beni in una scala di scansioni che vanno dalla proprietà all'*usus facti*. Solo che questo *usus facti*, nella coscienza del giurista, viene sottoposto ad una alterazione qualitativa: disincagliato dalle matrici filosofiche sue proprie, tende, nella riflessione di Baldo, ad essere pensato in modo congeniale all'impostazione medievale, riassorbito in un sistema di situazioni reali, rivissuto come fatto intrinsecamente normativo (24).

Il grande interprete perugino, pur operando all'incirca un secolo dopo la «Exiit», in un mondo sollecitato e forse addirittura percorso da motivi innovatori, è ancora uomo legato a una certa immagine dei rapporti uomo-cose, né è in grado, lui, un postero dei redattori francescani della «Exiit», di raccogliere — e comprendere nella sua insularità storica — il messaggio racchiuso tra le molte righe della Bolla.

Tutto il mondo giuridico continua a costruire e a sistemare, nella sua inerzia culturale, sui valori pur indiscutibili dell'ordine medievale. La «Exiit» è invece, nei suoi risultati, fuori dei confini di questo; la «Exiit» è, al livello normativo, la prima (25) conqui-

---

(23) Anche quando i giuristi si occupano direttamente e specificamente di problemi francescani — come avviene, ad esempio, con Bartolo e con Giovanni da Legnano — l'interesse è per fattispecie particolari esaminate sotto un profilo strettamente tecnico. Si scorrano i sopracitati «Libri Minoritarum» di Bartolo e di Giovanni, e si constaterà che il discorso verte quasi interamente sui problemi che nel campo delle successioni «mortis causa» suscita l'Ordine francescano e il suo ordinamento.

(24) La testimonianza di Baldo è stata da noi esaminata nel corso citato più sopra e al quale non ci resta qui che rinviare (cfr. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 161 ss.).

(25) Rispetto ai precedenti atti normativi pontificii la «Exiit» rappresenta la prima testimonianza lucidamente consapevole e dottrinalmente matura, nella quale il problema viene distesamente affrontato, discusso in ogni suo aspetto e rigorosamente risolto.

sta di un atteggiamento dottrinale ormai sufficientemente maturo (26).

Ora, convien lasciare da parte il documento pontificio che ha avuto per noi la funzione storicamente esemplare di uno spartiacque in cui, proprio per il suo carattere di atto normativo e formalmente giuridico, si situa. Ora, conviene che si guardi più a fondo nelle singolari premesse da cui la stessa «Exiit» ha preso forma e vitalità e che sono già in fitta circolazione, tra le scuole francescane, dalla metà del secolo XIII.

4. Sono ben noti i tratti distintivi della cosiddettà filosofia francescana (27), né intendiamo ripeterli qui. In questa sede si vuol soltanto indugiare nell'esame, generalmente trascurato (28), del nesso preciso e diretto che unisce quelle peculiarità, così come si colgono nelle grandi trattazioni teologiche da Alessandro di Hales a Pietro Olivi, alle scelte d'una analisi sociologica innovatrice, con le

(26) Le premesse teologico-filosofiche delle scelte della «Exiit» sono ormai documentatamente individuate nella robusta riflessione dottrinale di pensatori francescani, come S. Bonaventura, Giovanni Peckham, Pietro di Giovanni Olivi. Si veda su ciò ELIZONDO, *Bulla «Exiit qui seminat»*, cit., p. 82 ss. (con larga bibliografia). Un deciso influsso bonaventuriano, già segnalato in una letteratura estremamente risalente (si vedano soprattutto K. BALTHASAR, *Geschichte des Armutsstreites im Franziskanerorden bis zum Konzil von Vienne*, Münster, 1911, p. 82 ss., e V. MAGGIANO, *De relatione scriptorum quorundam S. Bonaventurae ad bullam «Exiit» Nicolai III* (1279), in *Archivum Franciscanum Historicum*, V (1912), *per totum*) è sostanzialmente riaffermato ora, sul piano della articolazione giuridica del discorso, dal TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà*, cit., p. 395 (si vedano però anche le opportune precisazioni che questo A. fa a p. 396).

(27) Su questi tratti distintivi si possono consultare con profitto alcuni informati saggi di provenienza francescana, p. e., V. BRETON, *La pensée franciscaine*, in *La France Franciscaine*, VII (1924); P. BOEHNER, *The Spirit of Franciscan Philosophy*, in *Franciscan Studies*, N.S., II (1942); E. BETTONI, *Guglielmo Occam appartiene alla scuola francescana?* in *Studi francescani*, LII (1955); ID., *Lo spirito della filosofia francescana*, in *Studi francescani*, LIV (1957). Di scarso rilievo i pur specifici lavori di G. BONAFEDE, *Il pensiero francescano nel secolo XIII*, Palermo, 1952, e di A. M. HAMELIN, *L'école franciscaine de ses débuts jusqu'à l'occamisme*, Louvain, 1961.

(28) É indubbio merito di G. DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laique au declin du Moyen Age. II. Secteur social de la Scolastique*, Louvain, 1958, capp. IV, VII, IX, X, di aver dedicato al problema una non fugace attenzione. Sul piano storico-giuridico pagine importanti ha scritto M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968, p. 147 ss., nelle quali tuttavia il discorso centrale è riservato a Scoto e ad Occam.

quali si opera un capovolgimento di valori rispetto alle soluzioni medievali.

Insularità — su cui non ci stancheremo mai di insistere — del pensiero francescano entro la cornice storica che formalmente lo contiene. I suoi maestri, avverso l'aristotelismo imperante, si riallacciano ad Agostino con una opzione filosofica affatto consapevole e soprattutto coerente con la impostazione data all'Ordine dal Santo fondatore ([29]); sviluppando queste specifiche radici speculative lavorano tutti, senza posa, ad un obbiettivo centrale: l'affermazione del distacco metafisico dell'uomo sul mondo e dal mondo. La loro preoccupazione costante, sia pure perseguita con strumenti variati, è quella di estrarre dai condizionamenti dell'ordine cosmico il soggetto operatore, restituirgli in assoluta pienezza una sfera di libertà e porlo in diretto contatto e dialogo con Dio.

Questa filosofia, che trova la sua scintilla prima in un momento squisitamente mistico, opera una semplificazione dell'analisi finito-infinito. Il misticismo francescano incide efficacemente anche sul piano teologico, e quasi come per i templi dell'Ordine, pone in essere un'architettura scarna, rigorosa, con la sola preoccupazione di ridurre tutto al rapporto fondamentale tra uomo e Dio, unico rapporto da tener saldo e fermo, da esaltare nella solitaria essenzialità delle sue linee: solo nell'isolamento perfetto di questo rapporto l'uomo avrebbe potuto ritrovare il senso della sua filiazione da Dio, e, con ciò stesso, la sua dignità al di sopra della natura. Nella consapevolezza della intrinseca inadeguazione della materia allo spirito, i francescani si affannano a costruire dalle loro premesse teocratiche una metafisica dell'uomo.

Il sistema aristotelico-tomista è di ben diversa complessità nel tentativo, senza dubbio riuscito, di valutare armonicamente il rapporto triadico Dio, uomo, natura; in esso l'uomo è semplicemente un essere tra gli esseri inquadrato nell'universo e tutto vi parla di un primato ontologico dell'ordine cosmico. Lo domina la promozione dell'oggettivo, e l'oggettivo resta la dimensione prevalente.

Allo schematismo teocratico dei francescani che trova le sue elementari scansioni nella assoluta superiorità di Dio sull'uomo e

---

([29]) Agli scritti citati nella nota 27 basti qui aggiungere E. LONGPRÈ, *S. Augustin et la pensée franciscaine*, in *La France Franciscaine*, XV (1932).

dell'uomo sul mondo, si contrappone un articolatissimo sistema tomista proteso a rispettare, al massimo, le autonomie delle varie entità che lo compongono: autonomia relativa dell'uomo in rapporto alla Divinità; autonomia relativa delle cose rispetto all'uomo e alla Divinità stessa.

L'universo di Tommaso tende a inglobare il soggetto, a mortificarlo nella sua libertà (30); l'universo francescano è semplicemente l'ombra del soggetto, la proiezione della sua *potentia*, e si risolve nell'uomo. L'uomo di Tommaso è colto soprattutto nella sua esperienza esterna, è l'uomo *intelligente*, visto sempre nei suoi rapporti con il creato, condizionato da esso nei suoi atti conoscitivi; l'uomo dei francescani è il singolo operatore che afferma la propria libertà sulla e dalla realtà fenomenica, che *ama* e *vuole* e che, nella carità e nella volontà, trova non solo la caratteristica prima del suo essere spirituale, ma vi trova altresì la sua perfetta indipendenza dai fenomeni.

In questa prospettiva tutto suona elogio del soggettivo, tutto sembra destinato ad interiorizzarsi, mentre in Tommaso l'affermato primato della conoscenza tende a spostare l'attenzione dall'operatore ai fenomeni o almeno a collocarlo ben all'interno di quelli, tessera di un grande mosaico nel quale solamente ha senso e da cui prende valore peculiare.

Carità e volontà sono le due dimensioni caratterizzanti secondo l'analisi minorita dell'uomo, che riecheggia sempre motivi agostiniani (31); in esse l'uomo riafferma la sua filiazione da Dio, carità somma, volontà somma; grazie ad esse, il cui processo formativo si

---

(30) É per questo che ci lasciano perplessi certe angolature della ricostruzione di L. LACHANCE, *L'humanisme politique de St. Thomas. Individu et Etat*, Paris-Ottawa, 1939, o delle varie ricerche dedicate dallo Spicq alla nozione tomista di proprietà (ci riferiamo a C. SPICQ, *Notes de lexicographie philosophique médiévale. Dominium, Possessio, Proprietas, chez S. Thomas et chez les juristes romains*, in *Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques*, XVIII (1929); ID., *La notion analogique de dominium et le droit de propriété, ibidem*, XX (1931); ID., *Notes de lexicographie philosophique médiévale. Potestas procurandi et dispensandi, ibidem*, XXIII (1934).

(31) Sul primato della carità, cfr. C. GUMBINGER, *The Primacy of Charity in Franciscan Theology*, in *Franciscan Studies*, N.S., III (1943). Sul volontarismo francescano, C. O'DONNELL, *Voluntarism in franciscan Philosophy*, in *Franciscan Studies*, N.S., II (1942).

genera nell'autonomia dello spirito, l'uomo conclama il proprio distacco metafisico dal mondo e la propria libertà sul mondo.

Ciò che preme ai nostri maestri è l'affermazione della *dignitas eminentiae* della persona, che sarà tanto più piena e solidamente fissata quanto più sarà costruita come nozione analogica della *dignitas summa* della Divinità ([32]). É da qui che nasce l'attenzione per il problema della libertà, giacché l'uomo può pretendere di concorrere ad un grado di eminenza e di dignità sul creato soltanto se si riesca ad affermare quale sua caratteristica essenziale quella stessa del modello increato, e cioè la libertà; e il problema della libertà del soggetto non può non identificarsi con quello della sua dignità.

É questo il tema più alto, ed anche il più insistente, della speculazione francescana, attraverso il quale si opera la sutura tra le generali premesse teologiche ora accennate e una certa costruzione sociologica che si va delineando proprio nell'analisi francescana della libertà umana.

Per Tommaso causa prima della libertà è l'autocoscienza; per i francescani — in un processo di sempre maggior chiarificazione che da certe ambivalenze bonaventuriane giungerà alle soluzioni nette e rigorose dell'Olivi ([33]) — la libertà è anzitutto l'autodeterminazione

---

([32]) Una diligente raccolta di testi bonaventuriani in proposito offre F. DA POPPI, *Essenza e potestà analogica del libero arbitrio in San Bonaventura*, in *Laurentianum*, VI (1965), in particolare p. 304 ss. Nel pensiero di Bonaventura (e francescano in genere) l'analogia ha (come esattamente rileva E. GILSON, *La philosophie de Saint Bonaventure*, Paris, 1924, p. 225) «une signification unitive»; il che serve a puntualizzare la sua diversità dall'analogia nel sistema di Tommaso, la quale ha, al contrario, «une signification séparatrice». Nota acutamente lo Gilson che «à l'analogie augustinienne qui relie, rattache cherche toujours des communautés d'origine pour assigner des ressemblances de parenté, Saint Thomas oppose l'analogie aristotelicienne qui sépare, distingue, confère aux êtres créés une substantialité et une suffisance relatives en même temps qu'elle les exclut définitivemente de l'être divin».

([33]) L'impostazione volontaristica della scuola francescana — naturale conseguenza della impronta data da S. Francesco all'Ordine — è un dato non discutibile. Certo è che la scuola non si presenta a noi come un monolito: l'insegnamento bonaventuriano fa consistere il libero arbitrio principalmente nella volontà (cfr. O. LOTTIN, *Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles*, T.I. *Problèmes de psychologie*, Gembloux, 1957 [2], p. 174 ss., ma soprattutto p. 179), ma già nei discepoli di Bonaventura — ad esempio in Giovanni Peckham — e poi in Pietro Olivi la libertà è vista come prerogativa esclusiva della volontà (si vedano F. SIMONCIOLI, *Il problema della libertà*

della volontà (34). Il volontarismo latente a tutta la speculazione minorita si dichiara, diventa una scelta concreta; il conclamato primato della volontà si traduce in una concezione della libertà umana assolutamente tipica.

Abbiam detto che il fondamento della personalità del singolo è nella volontà e che in questa è la radice della libertà; che anzi l'essenza della libertà è nella autodeterminazione della volontà. L'impostazione volontaristica rende agevole l'identificazione della libertà in una superiorità, in una potestà dominativa, in un dominio.

Seguiamo, per un momento, alcune illuminanti testimonianze: libertà è sinonimo di «dominium» e ad essa spetta, per eccellenza, la qualifica di dominativa (35); la libertà — che si sostanzia nell'atto volitivo — è anzi la «dominativa facultas ipsius voluntatis», cioè una vitalità tendente a proiettarsi all'esterno con una enorme capacità inglobante (36); è una vera e propria «facultas dominandi», cioè una inesausta esigenza possessiva (37), giacché è la *libertas* nel suo aspetto di *dominium* — *dominium* sopra sé stesso e sulla realtà esterna — che consente al soggetto di essere «plene in se ipso consistens», dotato d'una pienezza di sovranità, al contrario del servo che è posseduto dal padrone (38); libertà è infatti *dominium* proprio

---

umana in Pietro di Giovanni Olivi e Pietro de Trabibus, Milano, 1956, *passim* ma soprattutto pp. 29-30, e BETTONI, *Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi*, cit., p. 399 ss., ma particolarmente p. 416).

(34) LOTTIN, *Psychologie et morale*, cit., pp. 174 e 176; SIMONCIOLI, *Il problema della libertà*, cit., p. 21 ss.; BETTONI, *Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi*, cit., p. 400.

(35) «dominativa libertas» (Pietro OLIVI, *Quaestiones in secundum Librum Sententiarum*, ed. B. Jansen, Quaracchi, 1922-1926, vol. II, q. LV, p. 290); «dominium seu dominativa libertas» (*ibidem*, q. LVII, p. 320).

(36) «Libertatem etiam sine voluntate ponere est omnino impossibile, cum libertas nihil aliud sit quam dominativa facultas ipsius voluntatis» (*ibidem*, q. LIV, p. 249). O ancora: «Liberum, in quantum liberum, est idem quod potens dominio et libere agere» (*ibidem*, q. LI, p. 172).

(37) «Omnis homo cum quodam dominio et cum quadam aestimatione dominii fertur ad omnia inferiora et potissime ad omnia quae de jure se aestimat possidere seu in quibus aestimat et dicit se habere aliquid iuris. Sed omnia ista falsitatem in se continent, si in nobis non est libertas et facultas dominandi» (*ibidem*, q. LVII, p. 322).

(38) «Si autem in homine non est liberum arbitrium, non potest accipi ut ens plene in se ipso consistens et sui gratia nec ut diligibile propter se et sui gratia, cum aliter

perché è logicamente l'antitesi della servitù (39), perché significa indipendenza e autonomia del soggetto (40). Una indipendenza e una autonomia che il soggetto scopre *in primis* su sé stesso, che si traduce in un «dominium sui», in un «dominium super suos actos» (41), dal momento che la personalità dell'uomo, nella sua inviolabilità, non è altro che «existentia dominativa et libera et in se ipsam possessive reflexa vel reflexibilis, id est se ipsam cum quadam libera reflexione possidens» (42).

Sono poche, efficaci testimonianze di un filone di pensiero che, da Bonaventura in poi, non sembra avere perplessità, appare univoco nel proprio indirizzo, è lucido fino all'estremo nella contemplazione del proprio risultato, è con sicurezza identificabile nella grande coralità scolastica. Anche lo strumentario linguistico e concettuale denuncia, ad un tempo, questa insularità e questa straordinaria chiarezza di idee: da Bonaventura in poi si ripete sempre più, sino alla monotonia, un termine «dominium» con una frequenza e una pregnanza che non hanno riscontro nel linguaggio tecnico degli scolastici precedenti (43), e, accanto, una nozione — quella appunto

---

non habeat dominium super se nec super aliquid aliud et sic per consequens nullum bonum plene habeat aut possideat; non enim plene habetur ita quod plene posset dici suum, quod pleno dominio non possidetur. Quod etiam non est liberum non est sui gratia, cum sit necessitati totaliter subiectum et ita potius videatur ab altero possessum, sicut servus possidetur a domino» (*ibidem*, q. LVII, p. 319).

(39) «Libertas enim opponitur servituti. Unde illa sola potentia dicitur esse libera, quae dominium habet plenum tam respectu obiecti quam respectu actus proprii» (S. BONAVENTURA, *Commentaria in Secundum Sententiarum*, in *Opera omnia*, t. II, Ad Claras Aquas, 1885, f. 593 a).

(40) «Libertas est dominium propter privationem coactionis», o, con proposizione ancora più esplicita, «Si autem loquamur de dominio libertatis quod opponitur servituti coactionis ... hoc dominium est essentiale libero arbitrio» (*ibidem*, f. 188 a).

(41) Si può rileggere, fra i molti passi bonaventuriani che si dovrebbero citare, quello segnalato alla nota 39. Esemplare il passo oliviano cui si accenna nel testo: «voluntas habet etiam dominium super suos actus, quod patet, quia aliter non esset libera» (vedilo edito in SIMONCIOLI, *Il problema della libertà*, cit., p. 22).

(42) Pietro OLIVI, *Quaestiones in secundum Librum Sententiarum*, cit., vol. II, q. 52, p. 200.

(43) É palese, su questo punto, come è stato dimostrato con esemplare probità dal LOTTIN, *Psychologie et morale*, cit., pp. 174-224, *passim*, la derivazione bonaventuriana di certa terminologia e concettualistica di S. Tommaso. Il che — mi sembra — diminuisce di gran lunga la validità di talune ricostruzioni della nozione di *dominium* nell'opera

di «dominium» — diventa un concetto chiave delle costruzioni teoretiche.

Come crediamo di avere sufficientemente messo in luce, è questo il frutto più vistoso di quel congenialissimo sposalizio fra teocratismo e volontarismo che si realizza appieno nei maestri francescani: nella loro teologia, che si apre sempre su di uno sfondo mistico, il rapporto uomo-Dio, nel suo aspetto di totale affidamento dell'uomo alla Divinità, è configurabile solo come *dominium*, e Dio è ai loro occhi soprattutto il *dominus* nella sua onnipotenza; nella loro filosofia sociale, l'obiettivo costante della rivalutazione della dignità dell'uomo — un uomo creato a immagine e somiglianza della Divinità — e dell'affermazione del suo distacco metafisico dal mondo fa loro pensare il rapporto soggetto-realtà sociale e soggetto-realtà fenomenica in termini di *dominium*.

In forma tipicamente neoplatonica il processo esplicativo della realtà, che muove dall'alto verso il basso, ha due scansioni — da Dio all'uomo, dall'uomo al mondo — che si concretano ciascuna in un rapporto di *dominium*, e ha due protagonisti esclusivi, Dio e il soggetto umano.

Questo soggetto umano è innanzitutto libero, ed è tale perché vuole esserlo; la sua libertà è *facultas dominandi*, è cioè una capacità di esprimere completamente sé stesso solo mediante forme possessive; una libertà che è *dominium* perché è superiorità, indipendenza, esclusività; una libertà che consiste — e si traduce — in un dominio di sé stesso e dei propri atti e in una tendenza dominativa verso la realtà esteriore.

Sia il *dominium sui*, sia il *dominium rerum* trovano la loro radice unitaria in quella tendenza espansiva, in quella insopprimibile capacità a realizzarsi in modo preminente che abbiamo visto qualificare come «facultas dominandi». La matrice è senza dubbio unitaria.

---

dell'Angelico, le quali, disconoscendo una tal derivazione e proponendo il discorso in termini singolarmente astratti, non possono conseguire la storicizzazione del problema (ci riferiamo, in particolare, a LACHANCE, *L'humanisme politique de St. Thomas d'Aquin*, cit., p. 125 ss. e a J. BRUFAU PRATS, *La nociòn analogica del dominium en Santo Tomas, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto*, in *Salmanticensis*, IV (1957), p. 96 ss.). Sulla originalità della concezione bonaventuriana della libertà come *dominium*, cfr. SIMONCIOLI, *Il problema della libertà umana*, cit.

Ovviamente, non c'è in questi scrittori immersi in un clima spiritualisticamente tanto alto l'affermazione d'una consequenzialità tra i due aspetti di *dominium*; non si propone il passaggio, o per dir meglio, il trapasso, che sarà onnipresente nelle correnti individualistiche laiche di qualche secolo di poi, da un dominio di sé (che reca quale tratto tipico di essere il limite della propria individualità) a un dominio delle cose della realtà esterna (che reca quale tratto tipico di essere la tutela e il compimento della propria individualità [44]). Tutto questo, ovviamente, non c'è; si può però legittimamente individuare una tendenza a porre in rapporto il dominio su sé stesso (che è limite al proprio potere) al dominio sulle cose (che è estrinsecazione del proprio potere) almeno sotto il profilo della libertà del soggetto; l'uno e l'altro contribuiscono alla sua libertà, sono la manifestazione della sua libertà.

Quel che ci preme però di notare è che la nozione di *dominium* dal ristretto campo giuridico da cui viene assunta (come provano i continui riferimenti *servitus-dominium*) diviene nei maestri francescani, coerentemente alle loro premesse volontaristiche, una generale categoria interpretativa della realtà sociale; non più *dominium* in senso stretto, come nei testi romani da cui pur nasce la lettura dei teologi, ma una nozione assai più lata che ricomprende certo anche la proprietà ma accanto a questa una gamma vastissima di situazioni dominative; che questa nozione, scarsamente rilevante nella interpretazione medievale dell'ordine sociale, costituirà, ricevuta in una latitudine tanto vasta, uno strumento interpretativo ricorrente nelle mani degli *homines novi* della speculazione post-medievale da Occam a Fitz Ralph, da Wycliff a Gerson.

Possiamo ora tirare la fila di queste pagine e tentar di scoprire il volto e i caratteri della sociologia francescana; essa è dominata da una relativa sensibilità per il sociale [45]. La sua preoccupazione per

---

[44] Con la ulteriore precisazione che, mentre nel pensiero francescano *dominium sui* significa soprattutto dominio dei propri atti interiori, nelle future correnti individualistiche *dominium sui* significa proprietà del proprio corpo, delle proprie membra.

[45] Lo stesso DE LAGARDE (*La naissance de l'esprit laique au declin du Moyen age. II. Secteur social de la Scolastique*, cit., p. 97 ss.), che pur non è incline a marcare differenze troppo nette fra la sociologia domenicana e quella francescana, afferma

la libertà e dignità del soggetto la costringe a proporci una realtà sociale atomisticamente colta come una somma di individualità più che come una entità organica. Il suo interesse, la sua attenzione sono prevalentemente per il singolo perché è lui soltanto portatore e affermatore di libertà. La dimensione sociale — al pari di quella fenomenica — è il campo di sperimentazione della preminenza del singolo, dei suoi meriti particolari. Il mondo sociale altro non è che il terreno d'espansione della sua *potentia* rispetto alla quale ogni realtà esterna diviene mera ombra o accidente.

In questa diagnosi così esasperatamente soggettivistica anche il mondo delle cose sensibili perde un proprio significato autonomo. La funzione dinamica e promotiva della realtà oggettiva per il passaggio delle potenze dalla inattività all'atto quale ci è presentata dalla concezione aristotelico-tomista è semplicemente una eco lontana nell'àmbito della sistemazione francescana. In essa il tentativo di affrancare le potenze dell'anima dalla servitù del mondo oggettivo costringe questo mondo in un limbo di inefficienza e di passività: nella visione culminante del pensiero francescano prescotista, quella dell'Olivi, l'oggetto si riduce a pura causa terminativa, puro termine estrinseco ed inattivo. E il distacco metafisico del soggetto sul mondo diviene un vero e proprio dualismo metafisico basato sulla intrinseca inadeguazione della materia e dello spirito.

La sistemazione francescana non merita di essere qualificata puramente e semplicemente individualistica, perché non riesce a rinunciare ad un sottofondo universalista di marca mistica e teocratica da cui è costantemente impregnata; certo è che essa pone in essere tutte le premesse per una strutturazione della società di tipo individualistico.

Dopo la documentazione che sarà offerta nei paragrafi seguenti, sarà facile, al termine di questo lavoro, puntualizzare quanti di questi motivi e di queste premesse, filtrati attraverso particolari canali storici, abbiano contribuito alle scelte individualiste proprie della età moderna. Tra questi sta senza dubbio la fondamentale inversione metodologica che i francescani avevano operato: il punto di partenza non si situava più nella natura cosmica o nel gruppo sociale, ma nel

---

efficacemente: «tout conduit saint Thomas à la philosophie sociale. Tout en détourne saint Bonaventure» (p. 105).

proprio «io», nella «mia» individua natura, e si affermava la certezza che nell'«io» del singolo si scopriva la natura dell'uomo. Il pudore dell'operatore medievale a guardarsi dentro stava per divenire la narcisistica compiacenza dell'uomo nuovo a cogliere nei propri dati individuali le trame d'un ordine essenziale; si trattava ormai di un operatore in qualche modo liberato e affrancato, la cui libertà somigliava assai a una energia smaniosa di realizzarsi o, come dicevano i candidi francescani, a una «facultas dominandi».

«Jus vel dominium».

1. Il volontarismo francescano e la sua incidenza nell'analisi della realtà sociale. Il diritto come realtà dominativa. — 2. La costruzione volontaristica del *dominium*. — 3. Il *dominium* come *proprietas*. — 4. *Proprietas* e *proprietarietas*: contributo alla caratterizzazione sociologica del proprietario.

1. Abbiam detto più sopra che, secondo il filone di pensiero francescano, la libertà è per l'uomo «facultas dominandi», cioè una capacità di esprimere appieno sé stesso soprattutto mediante forme possessive e che si traduce comunque in una tendenza dominativa verso la realtà esteriore. É opportuno ripetere qui una simile precisazione, giacché essa si presuppone all'avvio del nostro discorso sul tema del diritto. In questo clima viene infatti affidato al diritto il compito di rafforzare ed affermare nell'effettività dei rapporti sociali la libertà dell'uomo; che non è una libertà in astratto, una dimensione della comunità antropica, una generica qualità rispetto alla necessità che inchioda il mondo dei fenomeni, ma è libertà di singole individualità caratterizzate, ciascuna, essenzialmente, di dignità e di meriti.

Il diritto tende qui a proporsi come il tessuto connettivo in cui la libertà personale, appunto come capacità di espressione, può realizzarsi pienamente; come lo strumento che permette alla «mia» energia, allorché essa venga in contatto con quella di un altro, di fruire della più ampia tutela possibile. Allo «jus» viene cioè conferito il compito primario di serbare intatta l'indipendenza del singolo all'interno della organizzazione comunitaria, strutturando un tipo di organizzazione nella quale questa indipendenza possa essere accolta e presidiata.

Aggiungiamo: un tipo di organizzazione entro la quale il sociale non sia un superamento dell'individuale, bensì una sua integrazione e dilatazione. Lo «jus», insomma, lasciando il terreno obbiettivo che gli aveva riservato la tradizione aristotelico-tomista, finisce per diventare una proiezione dei supremi interessi del soggetto operatore ed è sempre più pensato e pensabile come un cumulo di situazioni soggettive piuttosto che la concretizzazione storica d'un ordine razionale.

É merito del Villey di avere visto il nesso fra le origini d'una nozione moderna di diritto soggettivo e i filoni di pensiero su cui andiamo indagando (46): se, sul piano teologico-filosofico, il problema centrale che vi si afferma è quello delle libertà dei singoli, cioè della esigenza che la mia, la tua, la sua libertà convivano, sul piano giuridico-sociale il problema centrale non può essere, consequenzialmente, che un certo assetto dell'ordinamento entro il quale alla mia libertà, riconosciuta insopprimibile, siano offerti, al tempo stesso, degli involucri protettivi e delle possibilità di azione.

L'ordinamento che si intravede, nello sfondo, fra le trame dell'articolato pensiero dei teologi francescani, reca appunto questi due motivi tipizzanti. É un ordinamento che si costruisce sul soggetto, che fa delle situazioni soggettive il proprio momento dinamico.

E lo *jus*, soggettivisticamente inteso, ha una dimensione, per così dire, difensiva e offensiva. É infatti opportuno non dimenticare che libertà è sinonimo di forza dominativa; che essa, per intrinseca natura, non può essere autenticamente colta nella sola attività protezionale dell'individuo, ma che, per nascere più sul terreno specifico della volontà che in quello della conoscenza, per essere, né più né meno, che l'autodeterminazione della volontà stessa, ha in sé una carica espansiva, o, come or ora dicevamo, offensiva; si realizza perfettamente solo tendendo a porre il singolo titolare in una posizione di superiorità.

Le premesse volontaristiche tipicizzano così tutto l'ordinamento e lo condizionano; il diritto viene riconosciuto quale prodotto

---

(46) Il Villey è tornato a più riprese sull'argomento. Conclusive le pagine, già più volte segnalate, contenute ne *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 182 ss.

esclusivamente umano, quale artificio che la storia umana getta sulla natura per irretirla; il diritto, che è espressione della libertà dell'uomo *nella* storia e *sulla* natura, è soprattutto volontà dominativa e forza dominativa. Non è la regola oggettiva che l'uomo legge nelle cose perché nelle cose è chiaramente scritta, ma è la sua creatura finalizzata al consolidamento della sua posizione di superiorità.

«Jus cuiuscumque superioris auctoritatis et potestatis et jus subiectionis vel obligationis ad eam», si dice, con una indicativa terminologia, da parte dei teologi, in un discorso dove ormai *jus* è semplicemente una qualità del soggetto e, più ancora, un sinonimo di potere (47); è null'altro che un involucro protettivo e una potenza.

Siamo allora in grado di storicamente comprendere certe affermazioni che un affrettato giudizio potrebbe qualificare scorrette o atecniche o singolari; come in una questione «de usu paupere», scritta ai primi del Trecento da Pietro Aureolo, nella quale leggiamo una frase siffatta: «habens usum in re habet dominium aliquod, quia habet jus in usu» (48), dove, a prima vista, si constata che due termini sono situati sullo stesso piano e sono costruiti con un identico contenuto semantico: *jus* e *dominium*.

Ogni situazione giuridica emerge, per sé stessa, al rango di situazione dominativa. Da qui l'endiadi che troviamo ricorrente in ogni pagina: «jus vel dominium», da qui l'equiparazione ugualmente ricorrente fra «jus» e «jurisdictio».

Non mette conto di insistere su questo punto: le lucide pagine scritte in proposito dal Villey sono esaustive e convincenti. Po-

---

(47) Citiamo un esempio fra i tanti: Pietro Olivi, *Quaestio «Quid ponat ius vel dominium»*, in F. Delorme, *Question de P. J. Olivi «Quid ponat ius vel dominium», ou encore «De signis voluntariis»*, in *Antonianum*, XX (1945), *passim*, ma specialmente pp. 316-318.

(48) La *quaestio* fu dapprima edita dal Longpré come opera di Niccolò di Lira (cfr. 'Quaestio inedita Fr. Nicolai de Lyra «De usu paupere» iuxta Vat. lat. 869, f. 148 vb-149 vb', in E. Longpré, *Le quolibet de Nicolas de Lyre O.F.M.*, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XXIII (1930) (la frase utilizzata nel testo è a p. 53). Successivamente fu riconosciuta dal Pelster come una seconda redazione del «Tractatus de paupertate et usu paupere» di Pietro Aureolo (cfr. F. Pelster, *Nikolaus von Lyra und seine Quaestio de usu paupere*, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XLVI (1953), p. 213, e *Zur Uberlieferung des Quolibet und anderer Schriften des Petrus Aureoli O.F.M.*, in *Franciscan Studies*, N.S., XIV (1954).

tremmo, se mai, riallacciandoci al testo dell'Aureolo, terminare con una non disutile precisazione.

Qualcuno infatti potrebbe forse notare una apparente assonanza fra i risultati dei teologi francescani e quelli dei giuristi medievali di diritto comune. Si sa che è invenzione non minima dei Glossatori la cosiddetta teorica del dominio diviso, della pluralità dei dominii, grazie alla quale un amplissimo numero di semplici diritti sulla cosa viene elevato al rango di «proprietà». Per non cadere in equivoci, basti notare che i Glossatori giungono alla creazione di una pluralità di dominii rivalutando, in piena coerenza con gli assunti medievali, la situazione oggettiva di uso e di godimento, o, in altri termini, una certa realtà economica, fattuale, prodottasi nella realtà esteriore, nel rapporto uomo-cosa visto e valutato più dalla parte della cosa che del soggetto. Qui, al contrario, è la dimensione giuridica come quasi interna al soggetto (non dimentichiamo che nel culmine della speculazione francescana la realtà esterna si vedrà ridotta a mero termine passivo) che emerge a dimensione dominativa. Quanto per il giurista medievale, moltiplicare i dominii aveva assunto il significato di mortificazione della proprietà-appartenenza e di subordinamento dell'istituto proprietà ai fenomeni esterni, tanto per il teologo francescano vedere in ogni manifestazione giuridica sulle cose una entità dominativa assumeva il significato di sorprendere i tratti essenziali dell'intera realtà alla luce della dignità e sovranità indiscutibile del soggetto operatore. Il diritto ha dentro di sé questa tensione nascosta a scattare in *dominium*, perché è strumento della superiorità del soggetto.

2. Nella visione, che abbiamo sommariamente delineato, l'ordinamento giuridico ci appare dunque come un insieme di rapporti diretto da meccanismi volitivi, o, se preferiamo usare una altra espressione, è la traduzione sul terreno sociale della volontà del soggetto di affermare sé stesso; è genericamente e potenzialmente *dominium*.

Ma questo è soltanto uno sfondo: ai nostri fini, il discorso esige di essere completato, esaminando come, al centro di questi rapporti e in coerenza con essi, si collochi quella situazione del soggetto che è specificamente e concretamente *dominium*: cioè la proprietà privata. Ciò varrà ad introdurci in una visione singolare dei rapporti

uomo-cose e in una analisi di questi tanto acuta e consapevole da meritare il massimo dell'attenzione.

Secondo i francescani il rapporto uomo-cose, in ogni sua manifestazione, può essere ricompreso entro una categoria generale che è quella dell'*habere*, a condizione che si intenda l'*habere* come l'insieme delle esigenze e delle soluzioni che pone il rapporto tra il soggetto e la *rerum natura*. A questa condizione e in questi limiti è un problema inerente all'*habere* anche il problema della proprietà, e correttamente da parecchi teologi si dice che il denominatore comune *habere* trova molte specificazioni riconducibili tuttavia a due posizioni fondamentali: *dominium* e *usus*, proprietà e uso ([49]).

Se invece per *habere* si intende ben più di un problema ma una situazione di contatto immediato e diretto con la cosa, concretantesi in godimento, uso, detenzione, situazioni nella quale spetti alla cosa una sua contribuzione attiva e tangibile, in questo caso la nozione di *habere* non si presterebbe, secondo i modelli francescani, a ricomprendere entro di sé anche la proprietà.

Perché questa distinzione tra un *habere* generale e un *habere* specifico? Perché questa collocazione del *dominium* all'interno del primo e non del secondo? La risposta è agevole: perché, fermo restando che la proprietà pone un problema di rapporti tra uomo e cose, i teologi francescani tendono a svincolarla dai condizionamenti delle cose, operanti a livello dell'*habere* specifico, e a risolverla il più possibile all'interno dell'autonomia del soggetto, ontologizzando — per così dire — una nozione lata di *habere*, o, se vogliamo, facendo dell'*habere* una dimensione dell'essere stesso del soggetto. Cerchiamo di spiegarci alla stregua delle testimonianze dottrinali.

Fin dalla riflessione bonaventuriana, come sopra accennavamo, i due momenti fondamentali dell'*habere* generale sono individuati nel *dominium* e nell'*usus*, ma sempre come due momenti affatto distinti, non comunicabili perché qualitativamente differenziati e soprattutto funzionalmente differenziati. Limitiamoci, per ora, a esaminare l'analisi francescana del momento *dominium*, riservandoci di dedicare successivamente una attenzione autonoma all'*usus*.

La proprietà è un *quid juris*; appartiene al diritto, un diritto non

---

([49]) BONAGRAZIA DA BERGAMO, *Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate*, cur. P.L. Oliger, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XXII (1929), p. 324.

più inteso come il ritmo secreto delle cose, ma come una volontà da affermare sulle cose. E la proprietà è soprattutto volontà, volontà di espansione sulle cose (50).

Le nostre fonti sono estremamente variate nella qualificazione, ma ogni termine usato è sempre riconducibile alla sfera volitiva: talora si dirà «amor» (51), talora «affectus» (52), talora più scopertamente si affermerà che proprietà è volontà appropriativa, cioè un «actus interior» che si sostanzia in un «velle» (53), come altrettanto scopertamente si giustapporrà che povertà si sostanzia semplicemente in un «nolle» (54). É certo che risulta affatto dichiarato il tentativo di risolvere il problema della proprietà all'interno dell'indipendenza del soggetto agente, facendo di essa un mero «actus voluntatis» e tracciando un solco non facilmente colmabile fra territorio dell'umano e territorio dei fenomeni (55).

Quando, nell'esigenza di precisare minutamente il contenuto

(50) Cfr. per tutti Giovanni PECKHAM, *Tractatus contra fratrem Robertum Kilwardby*, cit., p. 138.

(51) «quam inseparabilis est amor a dominio». É frase che il Peckham ripete a più riprese nel suo trattato (cfr. Giovanni PECKHAM, *Tractatus pauperis...* cur. A. Van den Wyngaert, Paris, 1925, p. 68, e F. DELORME, *Quatre chapitres inédits de Jean de Pecham, O.F.M., sur la perfection religieuse et autres états de perfection*, in *Collectanea franciscana*, XIV (1944), p. 119 (il «Tractatus» di Peckham non è stato edito unitariamente, ma in modo sparso: l'edizione del Van den Wyngaert concerne i primi sei capitoli, mentre quella del Delorme i capp. XI-XIV. Gli altri capitoli sono stati editi separatamente in sedi diverse dallo stesso Delorme e dal Little).

(52) «sine affectu autem et voluntate nullus habet dominium» (Riccardo di CONINGTON, *Tractatus de paupertate fratrum minorum*, cur. A. Heysse, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XXIII (1930), pp. 99-101.

(53) «in loculis ... duo actus considerantur. Unus est exterior, scilicet loculos portare et res que habentur in loculis sive in communi dispensare sive contractare. Alius est actus interior, scilicet velle habere eas in dominio ... et eas iure talis dominii possidere et contractare» (BONAGRAZIA DA BERGAMO, *Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate*, cit., p. 489).

(54) «conditio potior abdicationis temporalium non actenditur secundum actum exteriorem, qui est relinquere sive abdicare de facto res temporales, set principaliter actenditur secundum actum interiorem, qui est nolle habere res temporales et eis velle carere propter Deum» (BONAGRAZIA DA BERGAMO, *ibidem*, p. 333).

(55) É questa l'impostazione generale della letteratura pauperistica francescana. Un esempio estremamente lucido è offerto dal «Tractatus» di Bonagrazia da Bergamo citato alle note precedenti.

della povertà francescana, la si definisce «abdicatio omnis iuris et dominii» (56), si segna un confine fermissimo, sul piano del tempo e dello spazio, tra mondo della volontà e della libertà e mondo della necessità, tra un mondo percorso da istanze dominative e un altro pervaso solo da una primordiale esigenza di sopravvivenza. Da una parte lo «jus» e la sua formazione più appariscente: il *dominium*, dall'altra la «rerum natura»: due mondi valutati con lenti esasperatamente dualistiche, separati da un fossato ideale sul quale sono ormai crollati i pur solidi ponti gettati e custoditi dal tomismo.

La natura cosmica, proprio per la sua neutralità volitiva, è vista in tutta la sua passività di oggetto né è in grado di cooperare al processo formativo della proprietà che l'idealismo francescano risolve tutto *in interiore homine*. Ascoltiamo per un attimo il più lucido e maturo campione di questo atteggiamento speculativo, Pietro Olivi: «istud fit per solas voluntates interiores et voces exteriores, non quidem in quantum naturaliter efficaces et fortes, set solum in quantum sunt voluntaria signa voluntatis interne» (57). La realtà esterna ha perduto ogni sua autonomia, si riduce a voce, a segno di un atto che ha acquisito la sua compiutezza grazie a un processo interiore.

L'uomo è proprietario non perché *ha* concretamente delle cose in suo possesso, ma perché intende essere proprietario di quelle, ha verso esse una volontà appropriativa: il *nihil habens* può essere «omnibus dominans» se lo sorregga una adeguata volontà (58). L'atto esterno, finché resta fatto, finché non viene interiorizzato, cioè spiritualmente qualificato mediante un moto possessivo della volontà, è irrilevante; si situa al di là dei confini dell'umano in una zona di ombre dove gioca soltanto il suo ruolo di termine materiale e di occasione.

É questo il nucleo argomentativo con cui la letteratura pauperistica affronta il problema della povertà del Cristo e degli Apostoli.

---

(56) É definizione comune. *Exempli causa*, vedi RICCARDO DI CONINGTON, *Tractatus de paupertate fratrum minorum*, cit., p. 354.

(57) PIETRO OLIVI, *Quaestio* «Quid ponat ius vel dominium», cit., p. 318.

(58) L. AMORÒS, *Aegidii Romani impugnatio doctrinae Petri Joannis Olivi an. 1311-12 nunc in primum in lucem edita (Disseritur de mente Concilii Viennensis in causa eiusdem P. J. Olivi)*, in *Archivum Franciscanum Historicum*, XXVII (1934), p. 438.

Essi — si dice da parte degli scrittori minoriti — sicuramente ebbero dei *loculi*, cioè delle casse comunitarie contenenti danaro e beni preziosi, ma ciò è ancora troppo poco per qualificare il rapporto, dal momento che non gli atti esterni, ma unicamente gli atti interiori indicano un rapporto di proprietà. Non interessa se nelle mani del Cristo e dei discepoli erano enormi quantità di danaro, interessa soltanto l'atteggiamento psicologico verso quel danaro: «in loculis ... duo actus considerantur. Unus est exterior, scilicet loculos portare et res que habentur in loculis sive in communi dispensare sive contractare. Alius est actus interior, scilicet *velle* habere eas in dominio speciali vel communi suo speciali collegio participato et eas iure talis dominii possidere et contractare ... in loculis dicendum est quod licet Christus quantum ad actum exteriorem in loculis deferendis, contractandis et dispensandis hiis que ibi reponebantur condescendit infirmis, non tamen quantum ad volendum sibi vel collegio apostolorum appropriare, seu appropriando dominium loculorum ..» ([59]). Cristo e gli Apostoli non hanno il *dominium* sui *loculi*, perché fa loro difetto una volontà specificamente orientata. Il fatto che essi abbian potuto disporre di beni anche rilevanti, resta un fatto, il cui recupero alla sfera del diritto è condizionato all'avverarsi di un meccanismo psicologico.

Lo scardinamento dell'istituto proprietà da condizioni esterne, il riconoscimento della sua essenza in un moto di autodeterminazione della volontà non erano tuttavia operazioni intellettuali di nessun costo, ma aprivano anzi tutta una gamma di problemi di non facilissima soluzione.

Il primo, e forse il principale, concerneva la funzione stessa della proprietà: se il *dominium* consiste in un *velle* e se non sono ad esso costitutivi i contenuti fattuali dell'*habere* specifico, a che cosa è ordinato quel *dominium*? Forse non si è proprietari di una cosa per farne di essa un uso esclusivo, per goderla in modo parimente esclusivo, per tenerla, per conservarla, per disporne? Forse non si è proprietari per accrescere le possibilità dilettevoli che la permanenza terrena offre?

La risposta è ferma, ed è fermamente negativa. La «delectatio»,

---

([59]) BONAGRAZIA DA BERGAMO, *Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate*, cit., p. 489 (ma si vedano anche le pp. 491 e 500).

la «utilitas», il «commodum», che normalmente discendono dalla proprietà sono accidenti che corrispondono a un suo fine estrinseco (60). Il fine intrinseco, che ne tocca l'essenza, è soltanto nella affermazione della sovranità della volontà che, affermando sé stessa, afferma la libertà del soggetto, la sua dignità, il suo distacco metafisico dal mondo.

Vivissima l'esemplificazione che serve da supporto didascalico di questa premessa. Ricorrente è l'esempio dell'avaro tratto dalla esperienza comune: l'avaro è un proprietario di ricchezze che non ne usa, non ne gode, non ne dispone. La sua proprietà non si concreta in un *habere* specifico, ma soltanto in un moto psicologico del proprietario verso le ricchezze, giacché egli le vuole per sue. Basta questo per far di lui, anche se la sua vita è più sordida dell'ultimo dei poveri, un *dominus*; un *dominus* però che non trae vantaggi economicamente valutabili dal suo patrimonio (61).

Sotto questa stessa angolatura è poi di particolare interesse l'esempio di Dio, che è *dominus* dell'universo, e che non trae vantaggio alcuno da questo universo.

L'inserimento nel problema dei fini della proprietà dell'ulteriore elemento «dominium divinum» è importante: filosoficamente si opera il ricongiungimento del problema proprietà con tutte le più autentiche matrici speculative del pensiero francescano, come poco sopra le abbiamo esposte; storicamente, si inizia a insistere su un tema che sarà il tema d'avvio delle prossime rivoluzioni culturali, dalla meditazione occamiana a quella riformata attraverso le grandi mediazioni di Wycliff, di Gerson, di Huss.

É un maestro francescano di Oxford operante ai primi del

---

(60) «duplex est finis divitiarum: unus intrinsecus et principalis, et iste est uti rebus ut suis; alius extrinsecus et minus principalis, quo quis rebus utitur aut ad delectationem ... aut ad nature perfectam sustentationem et bene esse...; uti autem re ad delectationem non est ille finis vel usus ad quem per se dominium ordinatur...» (cfr. *Réponse à 12 objections contr la doctrine du traité «De usu paupere»*, in F. DELORME, *Notice et extraits d'un manuscrit franciscain*, in *Collectanea franciscana*, XV (1945), p. 48).

(61) «quod autem usus ad delectationem non sit finis per se amatoris divitiarum ... patet in avaro, qui summe amat divitias et tamen non utitur divitiis ad delectationem, immo vix audet comedere et quanto magis crescit in eo amor divitiarum, tanto deficit usus earum, quia eis non vult uti, set conservare ut proprias et congregare» (*ibidem*, p. 48).

Trecento, Gualtiero di Chatton, a proporlo come base argomentativa. Egli sta disserendo della scissione tra proprietà ed uso che si viene ad operare per espresso dettato della decretale «Exiit» e più precisamente della giustificazione della proprietà alla Sede Apostolica di quei beni di cui i francescani usano, seppure di fatto, perpetuamente. Il problema d'una giustificazione di quel *dominium* — apparentemente vuoto e svuotato di ogni contenuto come una crisalide risecchita — ha sempre assillato i teologi francescani, primo fra tutti San Bonavantura (62), ma ora, in un pensiero più maturo, in una coscienza più riposata, il problema trova una soluzione convincente. Chatton ci ripete l'esempio sopra riferito del «dominium thesauri in deposito alicuius», e incalza di seguito: «immo sic dominium Dei respectu omnium esset valde simplex, quod nullum commodum sibi ex illo provenit, tamen vere est Dominus, quia sua voluntas fit» (63).

L'armonico quadro del sistema francescano si svela alfine compiutamente: così come la dignità e libertà dell'uomo possono essere affermate per analogia da quelle divine, un *dominium* dell'uomo si giustifica soltanto nel *dominium* della divinità, e si giustifica allo stesso modo di quello. L'uomo è *dominus* perché è immagine del *dominus* supremo, e lo è allo stesso titolo: come Dio non è padrone dell'universo per trarne dei vantaggi, ma per affermare, in tutta la sua pienezza, la propria volontà, così è per l'uomo. Anche per lui il *dominium* è soltanto manifestazione d'una volontà, cioè manifestazione d'una tendenziale sovranità sul mondo che non ha altra giustificazione che all'interno del soggetto stesso.

In questo modo si giunge a una depurazione della nozione di proprietà e a una sua perfetta separabilità dall'uso e dal godimento.

---

(62) S. BONAVENTURA, *Apologia pauperum contra calumniatorem*, cit., cap. XI, n. 7.

(63) «ut tunc illud dominium sibi [Curiae Romanae] sit utile, non oportet quod commodum de facto inde sibi proveniat, sed sufficit quod commodum possit sibi provenire, si velit et quando sibi placet. Ita enim dominium thesauri in deposito alicuius, posito quod numquam ex eo commodum aliquod sibi proveniat, tamen sic est sibi utile, quod commodum potest sibi ex eo pervenire, quando sibi placet. Immo sic dominium Dei respectu omnium esset valde simplex, quod nullum commodum sibi ex illo provenit, tamen vere est Dominus, quia sua voluntas fit» (GUALTIERO DI CHATTON, *Tractatus de paupertate evangelica*, ed. D.L. Douie, in D.L. DOUIE, *Three Treatises on evangelical Poverty*, cit., p. 218.

Perché una situazione soggettiva verso le cose possa essere qualificata *dominium* è sufficiente un preciso atto di volizione, all'interno del quale trova la sua giustificazione; né c'è bisogno di un concorso dei fatti esterni a costituirla come tale. Ciò che semplicemente conta, sul piano del reale, è che quella volontà si traduca in una situazione potestativa, in una situazione di superiorità, all'incirca modellabile sul rapporto che esiste tra servo e padrone: «ubi vera servitus, ibi verum dominium» (64).

Se ci è consentito parafrasare adattandola al nostro oggetto una definizione e qualificazione famosa, si potrebbe dire correttamente che i francescani costruiscono una dottrina pura della proprietà: pietra su pietra, con un programma lineare, questa costruzione viene portata coraggiosamente innanzi fino a conseguire il risultato più macroscopico: lo svincolo della proprietà dai fatti economici e sociali, la sua rigorosa confinazione nel mondo della volontà.

La proprietà si è purificata tra queste fiamme idealistiche: non è più uno strumento di godimento e di colonizzazione, non è più una regola oggettiva della realtà economica, ma una dimensione del soggetto. Il profilo sotto il quale valutarla non può più essere pertanto quello dell'utile, ma quello della libertà e della preminenza del soggetto.

Purificazione dunque, e anche dilatazione del *dominium*: non siamo più di fronte a un istituto economico-giuridico, a una invenzione propria della storia umana, ma a una qualità del soggetto e della sua dignità di persona.

Proprietà e uso sono su piani diversi; il loro legame non è funzionale, ma puramente estrinseco, né si dica che non è lecito reciderlo. Anche separato dall'uso il *dominium* non è un moncone senza vita, un *monstrum* senza scopo, ma consegue in sé stesso il suo fine come modo di essere e di manifestarsi della libertà del soggetto verso l'esterno.

É l'esterno che rimane in ombra, non nullificato ma vanificato e devitalizzato. Non c'è, in questa filosofia, alcuna disponibilità a considerare l'autonomia oggettiva delle cose; l'universo francescano è quasi un mondo sonnolento, immobile, passivo, che acquisisce

(64) S. BONAVENTURA, *Apologia pauperum contra calumniatorem*, cit., cap. X, n. 11.

rilevanza solo perché il soggetto vi esercita la sua superiorità. Se un movimento lo percorre, è null'altro che un moto di attrazione verso il soggetto, verso la sua «potentia» nell'àmbito della quale tende ad essere «intimatum seu intimius praesentatum et invisceratum» (65), nella quale tende ad inserirsi e ad esaurirsi.

In uno studio rivolto a caratterizzare i rapporti tra uomo e cose nel Medioevo noi abbiamo utilizzato lo schema socio-etnologico della partecipazione per segnalare una attrazione del soggetto da parte del mondo delle cose e un conseguente rilevantissimo condizionamento del soggetto da parte delle cose sino all'emergere della cosa, in qualche modo, come protagonista inespresso dell'ordinamento (66). Qui, in questo clima culturale, di fronte a conclusioni come quelle sopra esposte, dovremmo parlare di una partecipazione in senso opposto, di un capovolgimento dello schema acutamente elaborato e proposto dal Levy Bruhl (67). Quanto nel primitivismo medievale l'uomo scompariva assorbito da una *rerum natura* stracolma di energie vitali, tanto nelle rarefatte costruzioni teoretiche dei francescani la cosa si riduce ad ombra d'un uomo straordinariamente dotato e vocato al *dominium*.

Dominium: ma che cosa indichiamo dunque con questo termine? Che cosa è restato in esso della nozione tecnica di proprietà? Ne abbiamo accennato più di una volta nelle pagine precedenti, ma conviene ora dare una risposta più distesa a domanda tanto inquietante.

Non v'è dubbio che per *dominium* s'intende qualcosa di più che la proprietà, ma non v'è ugualmente dubbio che si intende anche la proprietà; che i nostri teologi indicano indifferentemente con lo stesso termine, e una categoria generale interpretativa dell'uomo nel mondo, e l'istituto giuridico proprietà. Con questa precisazione: che la proprietà è il paradigma dei varii *dominia* di cui l'uomo può farsi titolare; che essa, al pari degli altri *dominia*, si è purificata di ogni

---

(65) PIETRO OLIVI, *Quaestio de angelicis influentiis*, in S. BONAVENTURA, *Collationes in Hexaemeron et bonaventuriana quaedam selecta*, ed F. Delorme, Ad Claras Aquas, 1934, p. 367 (ma anche p. 372).

(66) Nel nostro studio già citato su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit.

(67) Sulla elaborazione della nozione di «partecipazione», cfr. *ibidem*, p. 90 ss.

contaminazione fattuale per divenire espressione di libertà e di dignità, ha lasciato il terreno delle dimensioni oggettive e storicamente variabili per introdursi nella dimensione della personalità stessa, si è scrollata di dosso il peso medievale delle cose per trovare la sua essenza soltanto «in interiore homine».

Purificata nel filtro del soggetto la proprietà è diventata uno schema interpretativo della realtà; il *dominium* tecnico si è trovato assimilato a molte altre situazioni genericamente dominative nel momento in cui, divenendo una qualità del soggetto, una sua volizione, ha scoperto la premessa unitaria da cui tutte discendono. L'importante per noi è cogliere il trapasso di piano a cui i francescani sottopongoo l'istituto proprietà: dalla dimensione economica alla dimensione morale. L'importante per noi è constatare che essi elaborano la nozione di proprietà del soggetto con gli stessi materiali culturali con cui elaborano la nozione di libertà del soggetto; che parlano della proprietà in senso tecnico, senza disfarsi del loro complesso carico speculativo ma presupponendolo; che la proprietà privata non è più un istituto del diritto privato o del diritto pubblico, ma si colloca in quelle che il Coing potrebbe chiamare «die obersten Grundsätze des Rechts» (68). L'importante per noi è constatare che la dottrina pura della proprietà è divenuta una metafisica della proprietà.

3. Da quel che si è detto, se il *dominium* si struttura come una dimensione del soggetto, non potrà non spettargli quale funzione irrinunciabile quella di caratterizzare in ordine all'operatore il beneoggetto della *potentia*, di marcarlo e colorirlo all'insegna del «proprium». Al *dominium* si conferisce dunque il compito di contraddistinguere il mio dal tuo, con la precisa coscienza di contribuire in tal modo a contraddistinguere il me dal te. L'operatore sociale è un uomo inserito nelle temporalità, è un uomo che reca in sé una vocazione innata verso i beni, perché è sicuro di trovarvi una qualità corroborativa della propria personalità, è un uomo fornito di tanta *potentia* da trasformare il rapporto coi beni in un rapporto unilate-

(68) Ci riferiamo alla intitolazione d'un'opera nota di H. COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947.

rale di appartenenza nel quale al bene non spetta che di segnare nella realtà il confine del *proprium*. E il dominio si conferma moto attrattivo dal mondo al soggetto quando lo si qualifica innanzi tutto come *proprietas*, quando si propone l'equivalenza *proprietas-jus dominii*.

Nella fusione concettuale fra essere e avere che affiora con decisione in questi filoni di pensiero la «proprietà» d'un patrimonio, prima ancora di trovar giustificazioni sul piano economico, le trova sul piano etico: il «proprio» come qualità intrinseca di un soggetto si fonde con il «proprio» come qualità dei beni, e il patrimonio diviene un non secondario apporto alla completezza dell'individuo. Le cose, in quanto oggetto di appropriazione e costitutive di una *proprietas* operano compiutamente la fondazione del microcosmo, ne suturano — per così dire — la sua epidermide sociale, ne sanciscono l'assoluta indipendenza (69).

Giovanni Peckham, alla ricerca di indiscusse basi dottrinali, non trova di meglio che rispolverare un'illuminante definizione di Agostino (70). «Dominari ... est propria potestate gaudere» afferma il testo agostiniano (71); è quanto necessita a Peckam. La slegata affermazione del vescovo d'Ippona viene inserita in un discorso organico e armonico a cui fornisce il supporto autoritativo: il *dominium* è nel suo nucleo essenziale un contributo alla costruzione del *proprium*, cioè di una individualità indipendente. A costruire il *proprium* concorrono molteplici qualità, quelle che il soggetto scopre nell'autonomia dello spirito così come quelle che il soggetto ricava dalla sua attività vero il mondo esterno; tutte però finalisticamente indirizzate alla affermazione dell'indipendenza dell'operatore.

---

(69) Interessante, a questo proposito, il testo edito dal DELORME, *Réponse*, cit., p. 48.

(70) GIOVANNI PECKHAM, *Tractatus pauperis*, cap. X, in *Selections from Pecham's «Tractatus pauperis» or «De perfectione evangelica»*, ed. a: G. Little, in GIOVANNI PECKHAM, *Tractatus tres de paupertate*, ed. C.L. Kingsford, A. G. Little, F. Tocco, Aberdoniae, 1910, p. 34. Sulla personalità del Peckham ha scritto pagine convincenti D. L. DOUIE, *Archbishop Pecham*, Oxford, 1952.

(71) Il testo agostiniano è un passo del sermone CXII (vedilo in MIGNE, P.L., t. XXXVIII, col. 644). Non si può non osservare come il contesto pessimistico nel quale si inserisce la frase nel sermone agostiniano scompaia nel discorso di Peckham.

Certamente, il testo di Agostino è congeniale a Peckham ed esprime con felice efficacia la verità più riposta che premeva al maestro inglese: dominare è compiere sé stesso, ed è importante che a questa compiutezza si giunga per un processo che si esaurisce nel soggetto e nel quale egli non dimostra alcun vassallaggio. «Propria potestate gaudere» aveva detto Agostino in un discorso affatto incidentale, ed è lieto ora di ripetere Peckham in un contesto sapientemente costruito, in cui l'operatore appare dotato anche di una sua pienezza psicologica, non ha perplessità nel conclamare la propria autosufficienza, è compiaciuto di essere un groppo di forze che nascono all'interno di sé, si propone in questa sua autonomia (nella quale il tessuto connettivo dell'avere svolge gran parte) a immagine d'una divinità benevola che ha voluto generosamente premiare i suoi meriti.

Si capiscono allora definizioni come questa: «jus dominii, quo quis rei dominus dicitur esse, quo enim iure res ipsa dicitur esse sua, id est domini propria» (72), che acquisiscono un senso alla luce della pagina che precede ma che appaiono sterili se isolatamente esaminate. Dire infatti che il *dominium* afferma la proprietà di un bene, che afferma chi ne è il *dominus*, non è ripetere una verità lapalissiana o tutt'almeno una tautologia. Si viene invece in tal modo a confermare il contributo del rapporto di appartenenza d'una cosa alla formazione del soggetto-microcosmo. L'universo-individuo, questo nuovo nucleo portante della rinnovata sociologia, ha dei confini specifici che sono tanto più intensamente marcati quanto più il *proprium* del soggetto si estende anche sulle cose che gli stanno attorno.

Risolvere il *dominium* in *proprietas* è condurre avanti un discorso coerente con tutti gli assunti sopra accennati; non è affermare un pleonasmo, ma ribadire per il *dominium* una funzionalità di un certo tipo.

4. Ma il discorso francescano prosegue oltre, e approfondisce il rapporto tra il soggetto e l'*habere*. I nostri teologi avevano insistito su una conclusione centrale: la proprietà d'un bene non è per il

(72) UGO DI DIGNE, *De finibus paupertatis*, cur. C. Florovsky, in *Archivum Franciscanum Historicum*, V (1912), pp. 281-282.

soggetto una circostanza puramente estrinseca, effimera, occasionale, come se si trattasse di una veste da assumere e deporre senza alcuna conseguenza. Essi, al contrario, avevano scrupolosamente messo in rilievo gli aspetti che dimostravano una incidenza dell'*habere* entro la sfera più gelosa della personalità, convinti come erano che essere *domini* d'una cosa non fosse una situazione della grezza realtà economico-politica, ma piuttosto una vicenda che aveva implicazioni profonde nella costituzione stessa del soggetto-proprietario.

L'indagine ulteriore, a cui questa convinzione li chiamava, concerneva proprio il grado di incidenza della *proprietas*: se questa non è una qualsiasi appendice o una labile etichetta, fino a che punto agisce su chi ne è portatore e soprattutto, nella varia e complessa alchimia delle situazioni etico-sociali, quale trasformazione opera su di lui?

La risposta francescana, che si constata latente fra le righe di tutta la letteratura pauperistica e che emerge qua e là in chiarissime dichiarazioni, è coerente alle premesse già poste: la proprietà è una dimensione stessa del soggetto, che incide sulla realtà; il proprietario e il non-proprietario sono «realiter» due soggetti diversi, sono cioè due «realtà» diverse.

Per questo ha senso costruire la *proprietas* come fonte di uno *status* che è logicamente antitetico alla povertà; per questo ha senso contrapporre *paupertas* e *proprietarietas*.

Dirà Ugo di Digne, in un suo trattato che si colloca all'esordio della grande disputa ma che già reca in sé i germi di tutti gli sviluppi e di tutte le consapevolezze future: «pauper ... et proprietarius in professorum genere opponuntur» (73), dove, se non andiamo errati, affiora o riaffiora la certezza che proprietà non è né benessere né ricchezza, ma una scelta, una vocazione, un modo d'essere di colui che ne è il titolare. É significativo infatti che sia lo stesso Ugo, nel medesimo contesto, a contrapporci *paupertas* e *proprietarietas* (74) e

(73) Ugo di Digne, *De finibus paupertatis*, cit., p. 281.

(74) «paupertas ... est enim spontanea propter Dominum abdicacio proprietatis; et ideo necesse est, ut suum habeat insigne exterius, quo veraciter se dicat. Huic autem ex adverso opponitur proprietarietas; pauper enim et proprietarius in professorum genere opponuntur» (*ibidem*, loc. cit.).

ad usare questo ultimo termine, tanto desueto quanto efficace, per descriverci che il «proprietario» non è un soggetto inqualificato ma incarna nella fenomenologia sociale — e non solo in quella — un tipo a sé stante, nella cui strutturazione l'aspetto dell'appropriazione dei beni funge da elemento alterativo, se non nell'essenza, almeno nella costituzione normale del soggetto.

É il tema che sarà aggredito frontalmente dalla riflessione oliviana, che rappresenta per noi — come abbiamo tante volte ripetuto e ripetiamo ancora — il momento più penetrante di tutta la meditazione francescana esaminata; è il tema che forma l'oggetto d'una intera «quaestio» del maestro provenzale esplicitamente rivolta a dare una risposta all'inquietante domanda: «An jus dominii vel proprietatis vel consimilium ponat aliquid in eo cuius est».

Non potremmo mai sottolineare a sufficienza l'importanza che, a parer nostro, riveste per la storia del pensiero giuridico la questione dell'Olivi, che, edita soltanto nel 1945 dal Delorme e pubblicata nella sede appartata d'una rivista francescana, è rimasta fino ad oggi del tutto ignota, per quel che ne sappiamo, agli storici del diritto (75). L'Olivi stesso la stimò importante nell'àmbito della sua produzione letteraria e più volte, nell'opera sua, vi fece riferimento (76): la *quaestio* tentava infatti di trarre le conclusioni di un lungo e originalissimo itinerario percorso dalla filosofia francescana e di costruirle in coerenza con questo.

Lasciamo ancora la parola al teologo nella precisazione dell'oggetto: «an ius regie potestatis et auctoritatis super suum regnum et super subditis vel jus proprietatis super domo propria aliquid realiter addant super res vel personas quarum dicuntur esse, et econtra an debitum quo servi et subditi tenentur suo regi vel domino vel monachus abbati aliquid reale addant ad ipsos subditos vel monachos, et sic de aliis consimilibus» (77).

---

(75) É contenuta nell'articolo, da noi ripetutamente citato, di F. DELORME, *Question de P.J. Olivi «Quid ponat ius vel dominium» ou encore «De signis voluntariis»*, in *Antonianum*, XX (1945). L'intitolazione riportata, sotto forma di interrogativo, nel testo è quella, succinta ed efficace, che l'Olivi stesso assegna alla *quaestio* parlandone per inciso nel suo trattato «De sacramentis» (Cod. Vat. lat. 4986, f. 137 v).

(76) Cfr. DELORME, *Question*, cit., p. 315.

(77) *ibidem*, p. 316.

Una prima osservazione: la *quaestio* non riguarda soltanto la proprietà, anzi concerne un numero estremamente largo di situazioni che il nostro autore ha cura di elencarci anche se in maniera esemplificativa: «dominia vel iura vel servitutes vel temporalia debita» o, come anche egli dice, «regale ius et regalis potestas aut debitum servitutis aut ius proprietarium talis domus vel agri» (78).

Non si può fare a meno di notare che in questo elenco si pongono situazioni inerenti al potere politico e al potere privato, si pone sullo stesso piano la posizione del principe e quella del proprietario. Il che è congeniale all'impostazione francescana: il *dominium* è innanzitutto superiorità; tutte queste sono situazioni di superiorità; tutte queste sono dei *dominia*.

La *quaestio* nella sua interezza conferma una siffatta intelaiatura di base; dovunque, l'analisi delle molteplici situazioni esaminate è sempre condotta nel prisma di uno schema unitario: superiorità-inferiorità, che emerge sempre come lo schema dialettico interpretativo di tutta la realtà giuridico-sociale (79).

Lo *jus* è colto come situazione dominativa, come un meccanismo che tende a scandirsi in posizioni differenziate; e non solo nel campo dei diritti reali dove poteva essere abbastanza agevole una simile scelta di fronte alla bipartizione fra proprietari e non proprietari, ma addirittura nel campo del diritto delle obbligazioni dove è sorpresa sotto questa prospettiva la dialettica fra *creditor* e *debitor*.

Ciò che turba il teologo è la vitalità e l'efficienza delle situazioni di potere. La *auctoritas* posta in essere mediante il diritto è infatti duratura ed effettiva al di là dell'atto costitutivo. L'*obligatio* è uno «iuris vinculum» che dura ben oltre il contratto sua fonte; la proprietà genera un rapporto di inferiorità al di là delle manifestazioni della volontà del *dominus*; il diritto sotto questo profilo è una «relatio realis» che pone qualcosa di non occasionale, né legato all'esigenza di una manifestazione continuativa di volontà. Se può operare questo, se cioè può conseguire la propria efficacia prescin-

(78) *ibidem*, p. 321.

(79) «ius regie potestatis et dignitatis vel cuiuscumque dominationis vel potestatis vel subiectionis vel servitutis eius opposite» (*ibidem*, p. 320).

dendo da una immediatezza spaziale e temporale con la azione del soggetto agente, ciò è perché pone qualcosa di reale (80).

Ma i due temi specifici che scottano tra le mani dell'Olivi sono potere politico e proprietà, e ad essi è dedicato l'approfondimento generale, proprio perché in essi si esalta l'antitesi *dominium-servitus*, comando-obbedienza, si esemplarizza il carattere dominativo del diritto; e sono anche i due temi che consentono all'Olivi di mettere a profitto tutte le conquiste della sociologia francescana.

Potere politico e proprietà dunque, pur non mutando l'essenza della persona che ne è portatrice, non sono dei meri accidenti, ma vi aggiungono una realtà per tutto il tempo in cui ne è titolare. É certo che non incidono sulla essenza, dal momento che possono essere transeunti in una persona, possono essere acquistati o deposti, ma è altrettanto certo che essi contribuiscono alla costituzione di una realtà più complessa, fanno insomma del soggetto una realtà, almeno esistenzialmente, più complessa (81).

Prima conclusione interessante, giacché grazie a questa la proprietà veniva a rappresentare un capitolo a sé stante della sociologia del potere politico e cominciava ad avere un senso parlare di sociologia della proprietà e del proprietario. La situazione soggettiva «proprietario» da puramente estrinseca diveniva una realtà particolare ed autonoma, autonomamente isolabile nell'àmbito della fenomenologia sociale.

La proprietà assumeva la forma e il significato di un carattere e il proprietario si proponeva come un tipo sociologico assolutamente ben definito sul piano della azione sociale. Tanto più che questo carattere e questo tipo sembravano veder rinsaldati i loro termini logici e storici grazie a una loro proiezione a livello teologico che l'Olivi compie.

Potere politico e proprietà infatti — ed è la seconda conclusione

---

(80) «relatio que non ponit in aliquo extremorum est solum relatio secundum dici, et idem est respectu extremi in quo nichil ponit: huius modi autem relationes nullo modo sunt actu nisi solum in cogitante et quamdiu cogitantur vel dicuntur; constat autem quod potestas regia aut quaecumque vera iurisdictio vel obligatio sive servitus aliquorum est vere actu, quamvis hoc non cogitetur vel dicatur a nobis; ergo ipsa extra nostrum cogitatum et dictum ponit aliquid reale» (*ibidem*, p. 318).

(81) *ibidem*, p. 323.

interessante — discendono dalla combinazione di due presupposti: natura e Grazia, ossia, per meglio chiarire, in base ai meriti riconosciuti da Dio. Qui è la loro giustificazione prima e la loro forza; qui si spiega il perché della loro forza incisiva, della loro tendenza a durare, del loro svincolo dall'atto volitivo che li ha costituiti: perché essi traggono origine da un *velle* divino grazie al quale Dio, onnipotente e onnisciente, vuole che alcuni suoi figli, secondo i meriti, siano a loro volta proprietari o príncipi grazie all'intermediazione di una elezione o di una compravendita.

Ecco il testo oliviano: «dignitas aut iurisdictio et potestas regalis ponit realiter duo praedicta (scilicet actualem rationem divini velle, divini voliti), et idem est de dominio seu iure proprietatis quod quis habet in domo vel agro; et ex hoc est quod transgrediens hoc ius vere dicitur transgredi Dei voluntatem et legem ... preter hec autem duo ponit sive de preterito seu de presenti illa quibus intermediis deus vult tale ius sortiri et habere, ut sunt electiones hominum in reges et consensus electi aut mutuae conventiones quales sunt inter vendentem et ementem et consimilia. Set ius ipsius iuris principaliter sistit in duobus predictis et in ratione communis iustitie, que ... est realiter idem quod rectitudo divini velle et divine sapientie» (82).

Accanto alla sociologia del proprietario prende forma anche una teologia del proprietario. Questi, attraverso il filtro della categoria generale *dominium*, viene a conseguire le stesse prerogative del principe, e il suo potere è sacro perché discendente dalla volontà divina. Come altrove, e più efficacemente, dirà Olivi, promana «ex ordine divine et humane voluntatis et iustitie» (83), è cioè l'incontro fra azione umana e grazia da cui scaturirà una superiorità incisiva e permanente. E il proprietario, quasi come il principe e allo stesso suo titolo, pur nella sua sottomissione a Dio dalla quale nascono i suoi poteri (84), si presenta per così dire, come un intermediario fra cielo e terra.

Ci possiamo rendere conto del valore storico d'una testimo-

(82) *ibidem*, p. 324.

(83) *ibidem*, p. 329.

(84) «huiusdmodi potestatis quantum ad illud quod magis realiter ponunt principalius fundentur in auctoritate divini imperii seu divini velle, cui omnis res creata est et esse debet omnino subiecta» (*ibidem*, p. 329).

nianza come questa di Olivi: sul terreno della storia giuridica occidentale era forse la prima volta (85) che l'esser proprietari, la *proprietarietas*, era oggetto di una costruzione teorica che la erigeva a vero e proprio tipo sociologico distinto, un tipo costruito su saldi presupposti teologici. Era forse la prima volta che, in sede sempre teoretica, si tracciava un disegno tanto immobilistico della realtà sociale.

Articolato nello schema del *dominium* e della *subiectio*, del *dominus* e del *servus*, con una articolazione che viene ad essere esasperatamente irrigidita dalle consapevolezze teologiche che la illuminano e la orientano, il mondo storico francescano si presenta a noi in tutta la fissità e la semplicità delle sue linee, proiettato verso l'alto, esaminato e valutato sempre in chiave teologico-mistica, senza significato autonomo, in sé e per sé incomprensibile, entità minima nel grembo di Dio. Per di più, oggetto del disinteresse, in quanto realtà autonoma, dei nostri francescani distratti verso il sociale ma attenti a scrutare nel cielo i segni della volontà divina.

Ancora due parole prima di concludere su questo punto. Se dunque qualcosa cade in questa visione del mondo, è la convinzione della sua autonomia e complessità; e con essa cade lo stimolo a indagarne le varietà, le sfumature, le possibile aperture. Questa indagine può portarla innanzi S. Tommaso perché è sorretto dalla sua fiducia nel mondo e insieme dalla coscienza dei valori autonomi che vi sono riposti. I francescani non potranno che essere, come abbiamo or ora detto, osservatori distratti del sociale, non potranno che tendere a fondere il terreno della vita soprannaturale a quello dell'ordine temporale (86), a sorprendere nel tempo quasi soltanto l'ombra di una realtà trascendente.

E il tempo diviene il tempo dei segni; e il diritto e il dominio hanno cittadinanza tra i segni, segni anch'essi.

Si tratta, ovviamente, d'una semiologia aperta verso l'alto (87),

---

(85) L'originalità del pensiero oliviano è denunciata anche dal fatto che egli non segna, in tutta l'elaboratissima *quaestio*, alcuna citazione di fonti autorevoli filosofiche o patristiche.

(86) VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 257.

(87) Un testo esemplare, in cui tutto tende a proporsi come segno, si può leggere in UGO DI DIGNE, *De finibus paupertatis*, cit., p. 281.

ancorata a precise premesse metafisiche, che vede nel segno, nella sua intima natura, l'aspetto del rinvio ad altro, che vi esalta il suo carattere intrinseco di costituire la spiritualizzazione d'una animalità e di instaurare una valida ed effettiva comunicazione col mistero del mondo invisibile (88).

Per questo Pietro Olivi può presupporre alla sua *quaestio* una teoria generale del segno che valga indifferentemente sia per i *signa voluntaria* (ad esempio, il diritto) che per i *signa sacramentalia* (cioè i sacramenti in senso stretto quali *media sanctificationis*) e può arrivare ad accostare situazioni giuridico-sociali e situazioni sacramentali, a constatare al di sotto di esse una unicità di problema (89).

Usus.

1. La nozione di «usus». «Usus» e «jus utendi». — 2. «Usus» e «necessitas». La nozione di «usus facti». — 3. «Usus» e «usus pauper».

1. Abbiamo assunto a base dell'indagine sin qui condotta la separazione funzionale tra *dominiusm* e *usus*, e ne abbiamo comprese le motivazioni ultime. Ci resta ora da aggiungere quella specifica conferma che può provenire alle nostre conclusioni dall'esame del ripensamento francescano in tema di *usus*; con questa integrazione la visione francescana del problema uomo-cose si conchiude armonicamente e offre una giustificazione complessiva delle proprie scelte.

Non si può non iniziare con una precisazione: *usus* è, sul piano filosofico-teologico, termine polivalente, e basta — per rendersene conto — una semplice scorsa ai commentari bonaventuriani alle Sentenze, nei quali si constata, al di sotto dello stesso segno «usus», significati e contenuti variissimi, da una accezione «communiter» secondo cui è «frequentia actus» a una nozione «proprie» per la quale è «actus voluntatis», da una accezione che ne coglie una

(88) In questa prospettiva, pesa l'influsso della definizione agostiniana di segno. Cfr. E. MASURE, *Le Signe*, Paris, 1953, p. 15.

(89) Cfr. DELORME, *Question de P.J. Olivi*, cit., p. 316.

dimensione meramente obbiettiva a quella che sottolinea in esso il contributo psicologico dell'agente (90).

É bene perciò chiarire subito che la denunciata polivalenza viene meno all'interno del nostro discorso e che la letteratura pauperistica intende l'*usus* in maniera affatto univoca e netta. É avvertibile insomma un trapasso nell'analisi della nozione dal piano della generale riflessione filosofica al piano delle opere letterarie prese in esame.

É dovuto ciò alla diversità degli angoli di osservazione? O siamo piuttosto di fronte all'evolversi d'una nozione, posto che una accurata diagnosi dell'*usus* avviene, negli scritti *de paupertate*, qualche decennio dopo la sintesi bonaventuriana?

Potremmo rispondere che sia l'una sia l'altra motivazione concorrono, senza elidersi, a fondare la segnalata diversità. Senza dubbio infatti la letteratura pauperistica parla di *usus* sotto un profilo che è rigorosamente economico-giuridico, dando al termine il contenuto che sono soliti dargli i giuristi nelle loro elaborazioni teoriche; e l'*usus* viene esaminato e valutato con occhi naturalistici che colgono in esso un fenomeno esclusivamente fattuale. Non è però da escludere che questa nozione che noi sorprendiamo in tutta la sua pienezza nel momento più maturo della polemica sulla povertà sia sì una decantazione attraverso il filtro specifico della conoscenza giuridica d'una nozione prima pensata in termini generali, ma rappresenti anche il divenire d'un pensiero che segnala il suo evolversi soprattutto nel momento in cui deve fare i propri conti con un problema specifico e in cui si inserisce in un alveo specifico.

Un primo punto fermo: l'uso è un fatto, cioè un dato della realtà esterna; appartiene al mondo dei fenomeni. Come fatto, l'unico approccio con la sfera della giuridicità non può avvenire che per il tramite di un soggetto, nell'atto di impossessamento da parte di un soggetto. La giuridicità non è intrinseca al fatto, anzi è intrinsecamente estranea al fatto. Rispetto alla realtà fenomenica 'fatto', la giuridicità è un'altra dimensione, senza che sia pensabile alcun processo di osmosi con essa.

«Utens rebus nullum ius habet, sed habet usum qui dicitur

---

(90) S. BONAVENTURA, *Commentarius in I. Librum Sententiarum*, dist. I, art. I, q. I, in *Opera Omnia*, t. I, Ad Claras Aquas, 1882.

tantum simplicis usus facti» (91). Chi usa non compie un atto giuridicamente rilevante, non ha, di per sé, alcun diritto sulla cosa. L'uso è infatti un contatto primordiale fra soggetto e cosa; non è un modo di attrazione della cosa verso il soggetto ma semmai contrario, del soggetto verso la cosa. Nel contatto instaurato dall'uso ciò che ha rilievo non sono le qualità soggettive dell'utente, bensì le qualità intrinseche della cosa usata, la quale, soltanto in virtù di quelle qualità, è economicamente valutabile e perciò oggetto di uso.

Una qualificazione soggettiva dell'uso costituirebbe un assurdo logico, giacché il soggetto non impegna mai sé stesso nell'azione di usare. Nessuna azione è più innominata, più inqualificata, più meccanica di questa, nella quale non è posto per la libertà dell'agente e nella quale, se qualcosa resta nascosto e nell'ombra, è proprio la sua umanità.

Dicono i francescani che tanto è uso quello che il cavallo fa della sua avena, quanto l'uso dell'uomo riguardo ad una cosa, dove l'esemplificazione serve a puntualizzare e ad esasperare il senso delle righe precedenti (92). Non è il cavallo o l'uomo a rendere diverso l'atto di usare; il fenomeno uso è sul piano della più grossolana fisicità, nella quale sono registrabili variazioni quantitative, ma certamente non in dipendenza dell'agente.

Usare una cosa non è compiere un atto personale, ma squisitamente neutrale. Ciò che informa il rapporto di uso, è la cosa non la persona, perché l'uso si concreta nella sostanza economica della cosa, è la cosa stessa nella sua qualificazione economica, nella sua dimensione funzionale e dinamica.

Si ponga attenzione a questo passo di Peckham: «res temporales non sunt bone nisi propter usum: tota enim bonitas earum est a bono usu hominum. Qui dat igitur usum dat quicquid boni est in re

(91) PIETRO AUREOLO, *Quaestio «De usu paupere*, cit., p. 53.

(92) «sicut equus habet usum facti avene quam comedit, nec habet aliquod dominium, sic servus et religiosus expropriatus habet usum simplicem facti in pane, vino, vestibus ... Et tamen in hiis nec ad momentum habet dominium aliquod nec aliquam proprietatem nec ius utendi, set simplicem facti usum, qui nichil iuris tribuit in utendo» (BONAGRAZIA DA BERGAMO, *Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate*, cit., p. 511).

quantum in se est» (93). Il volontarista Peckahm, l'allievo di Bonaventura che aveva tanto insistito nel presentarci il *dominium* come un *amor*, compie ora l'itinerario inverso, operando non solo una collocazione dell'*usus* nel terreno dell'oggettività, ma addirittura indicando l'uso come una «qualitas rei», inserendolo quasi di forza all'interno della realtà morfologica cosa, per quel che essa è nell'àmbito della natura fisica.

L'uso è cioè qualità della cosa «in quantum in se est», non per riflesso del soggetto, che, nel momento in cui rende effettiva quella «bonitas», è più vittima di stimoli meccanici che attore autonomo d'una vicenda, tanto che si può dire da taluno, calcando l'attenzione sul profilo spersonalizzante, che «sic utatur tanquam non utens» (94).

Viene a mente quanto era insegnato dai più lucidi interpreti del diritto comune a proposito del dominio utile: di questa proprietà, costituita da una emersione dell'uso a livello del diritto, si diceva pur sempre «ut sic accedat rei quam personae», segnalando che l'istituto rappresentava il tributo dei giuristi al ruolo promotivo delle cose e raccoglieva sul piano normativo esigenze scritte, prima che nella mente degli uomini, nelle cose stesse (95).

É identica la diagnosi, che colloca l'uso nella realtà esterna e che vede in esso un moto che partendo dalla realtà esterna raggiunge il soggetto. L'uso «accedit rei»: su questa diagnosi il giurista e il teologo francescano sono d'accordo, anche se si separano immediatamente dopo per percorrere sentieri rivolti a opposte direzioni. Mentre il primo, partendo dalle sue premesse naturalistiche, constaterà nel fatto la carica normativa di cui era depositario, la registrerà, forse anche dilatandola, nel territorio del diritto e vi modellerà sopra le ossature dell'ordinamento, il secondo, portando avanti la rigida discriminazione fra mondo della volontà e mondo dei fenomeni, relegherà l'uso tra i fenomeni e lo condannerà a restare

---

(93) GIOVANNI PECKHAM, *Tractatus pauperis*, cap. X (ed. Little), cit., p. 40.

(94) *Réponse à 12 objections contre la doctrine du traité «De usu paupere»*, in DELORME, *Notice*, cit., p. 45.

(95) L'efficacissima precisazione — che è di Luca da Penne — è stata da noi commentata e discussa nel nostro corso di storia del diritto più volte citato: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., pp. 203-204.

nella fossa inerte dei fatti sino a quando una volontà non lo faccia suo.

Anche in questo caso, unico momento rilevante sul piano del diritto è quello volitivo, né è pensabile una snaturazione interna al fatto che grazie ad essa compie il suo ingresso entro i confini dell'ordinamento.

Lo *jus utendi* è situazione concettualmente opposta all'*usus facti*, perché, come ci avverte acutamente l'Aureolo (96), è «jus in usu». La terminologia è significante: nello *jus utendi* tutto è *jus*, tutto è potestativo e dominativo, e nella sua formazione nessun contributo è chiesto al mondo esterno. La sua costituzione essenziale è di essere *jus*, mentre si riafferma l'*usus* quale semplice termine di riferimento. Lo *jus utendi* — inteso come *jus in usu* — è una dimensione del soggetto e, come tale, può essere avvicinato con il *dominium*, o addirittura identificato in una forma di *dominium* (97); l'*usus* resta oggetto, dimensione oggettiva, cosa. Sono due realtà appartenenti a galassie diverse.

2. Dunque, l'uso appartiene, per proseguire nella metafora iperbolica ora affacciata, alla galassia dei fenomeni. Quanto il diritto, nella visione francescana, assume aspetti sovrastrutturali, tanto il fatto di usare rivela un carattere infrastrutturale. Quanto il diritto è libertà e volontà, tanto l'*usus facti* è una situazione determinata dalla necessità.

Dovunque, nella letteratura pauperistica, si legano *usus* e *necessitas*. L'uso rappresenta la risposta naturale a primordiali esigenze di sopravvivenza. Proprio perché viene sollecitato da forze irresistibili che si chiamano fame, sete, freddo, caldo, e via dicendo, l'*actus utendi* non è espressione di libertà, ma di necessità (98).

---

(96) PIETRO AUREOLO, *Quaestio «De usu paupere»*, cit., p. 53.

(97) Riccardo di Conington fa una elaborata diagnosi dello *ius utendi*» che, al suo esame, risulta una situazione estremamente complessa, così formata: da una «servitus personae usuarii debita», da uno «ius utendi personae eidem constitutum» e dall'«actus utendi» *(cfr. RICCARDO DI CONINGTON, Responsiones*, cit.

(98) Una delle testimonianze più puntuali è quella che ci dà Bonagrazia da Bergamo nel suo trattato sulla povertà, composto nell'estate del 1322 e quindi collocabile alla conclusione del momento creativo da noi esaminato: «Manifestum autem est quod esse nature non potest aliquo modo servari sine usu facti rerum necessariarum ad vitam

E i francescani insistono sulla comparazione fra l'uso di una *res* da parte di una bestia e da parte di un uomo, rilevando che nel momento dell'uso l'uno e l'altro atto si equiparano, perché l'uno e l'altro sono da porsi nella stessa dimensione di vita vegetativa, per la quale nessun atto è voluto e, come tale, non è né buono né cattivo, né giusto né ingiusto ([99]). A questo livello gli atti sono tutti neutrali, e si equivalgono tutti ([100]).

Usus facti significa per il soggetto sopravvivenza, significa una materialità minima necessaria a esistere nel tempo, intesa la necessità non come lo stretto indispensabile per evitare la morte, ma come una quantità elastica relativamente ai tempi, ai luoghi, alle cause, alle persone ([101]).

Usus significa insomma possibilità di conservazione per le strutture fisiologiche dell'agente, possibilità di vita vegetativa, ed è pertanto, al contrario del *dominium*, irrinunciabile e indisponibile. *Usus facti* è il corredo di cui il mistico più distaccato da questo mondo non può fare a meno; è la concessione minima fatta alle strutture del temporale in un ambiente di esasperato misticismo e insieme di raffinato idealismo.

Potrà accadere che il fatto di usare si inserisca talora in una

---

humanam ... Proprietas autem sive dominium rerum et alimentorum, quod est quid juris, non servat esse nature, set usus facti tantum. Ergo ubique et semper proprietati huiusmodi rerum renuntiari potest, usui vero nunquam potest» (BONAGRAZIA DA BERGAMO, *Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate*, cit., pp. 503-504). Del resto, il concetto era già stato limpidamente enunciato dalla 'Exiit', e viene ripetuto da tutta la letteratura pauperistica, da Ugo di Digne (cfr. *De finibus paupertatis*, cit., p. 289) a S. Bonaventura (*Apologia pauperum*, cit., cap. XII, n. 20) a Riccardo di Conington (*Tractatus de paupertate fratrum minorum*, cit., p. 353).

([99]) «applicatio [actus utendi] in se praecise considerata in quantum huiusmodi nec est iusta nec iniusta; equus enim actum utendi rei applicat et tamen ipsum nec iustum nec iniustum esse constat» (RICCARDO DI CONINGTON, *Responsiones*, cit., p. 361).

([100]) Si ripete da tutti che «usus non est in culpa» e che, parimente, nell'uso non sono costruibili dei meriti per il soggetto. Fra una ricca documentazione cfr. *Responsiones [fratris Raymundi procuratoris et Bonagratiae a Pergamo] ad defensionem ordinis minorum*, in F. EHRLE, *Zur Vorgeschichte des Concils von Vienne*, in *Archiv für Literatur - und Kirchengeschichte*, III (1887), p. 146, 150, 152. Il «frater Raymundus» di cui si parla è il procuratore dell'ordine Raimondo di Fronciac; la data del testo è il 1311.

([101]) Cfr. *Réponse à 12 objections contre la doctrine du traité 'de usu paupere'*, in DELORME, *Notice*, cit., p. 42 e 43; *Responsiones [fratris Raymundi et Bonagratiae a Pergamo]*, cit., p; 152.

fattispecie più ampia, e venga a costituire la piattaforma di precise scelte che impegnano il momento volitivo; e i teologi francescani incidentalmente fan riferimento ad un «potestative uti», ad un «usus potestativus», ad un «uti ad libitum» (102).

É chiaro che siamo di fronte a pure e semplici fattispecie dominative, il cui tratto tipizzante è nella volontà e nella libertà dell'agente che vuole in un determinato senso e giustifica in sé stesso il voluto, nell'autonomia della sua volontà.

Noi sappiamo invece che *uti* è attività neutra e oggettiva, che trova la propria misura o nella natura fisica o nelle cose stesse. Noi sappiamo che *usus* è concettualmente un dato antitetico al *libitum*. Per questo non si avrà esitazione a cogliere l'equivalenza fra *dominium* e *usus potestativus* (103); in questo del primitivo *usus facti* non è restato nulla se non il nome, mentre assorbente, espansiva, dominativa la volontà del soggetto impronta completamente di sé la situazione, la distorce, la snatura fino a restare di essa l'unica struttura veramente portante. E l'*usus potestativus* si risolve all'interno dell'agente, cioè si risolve in *potestas*, mentre il fatto resta una pura appendice inerte, un territorio dove può impunemente esercitarsi il dominio dell'operatore.

3. Riemerge ancora una volta quella piattaforma di fondo del pensiero francescano costituita da una generale incomprensione per l'esperienza esterna di un soggetto, e, insieme, da un conseguente tentativo di devitalizzazione del momento esterno nella vita del soggetto stesso. É la piattaforma che si delinea nettamente dietro una polemica tra Conventuali e Spirituali che, ai primi del Trecento, dilanierà l'ordine: la polemica sulla povertà nell'uso.

I termini sono notissimi (104), ma ricordiamoli a noi stessi per quanto possa in questa sede essere utile. L'ufficialità dell'ordine,

---

(102) Cfr., *exempli causa*, GIOVANNI PECKHAM, *Tractatus pauperis*, cap. X (ed. Little), pp. 38, 39 42.

(103) «ecclesia quodam modo possidet et dominatur, dum potestative utitur» (PECKHAM, *Tractatus pauperis*, cap. X (ed. Little), p. 38).

(104) Sulla polemica si diffonde, con dovizia di particolari, una amplissima letteratura. A noi può bastare un rinvio all'esame che, sotto il profilo storico-giuridico, ne fa il TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà*, cit., p. 398.

rappresentata dai Conventuali, interpreta la povertà imposta dalla Regola come «abdicatio omnis iuris et dominii»; oggetto del voto pauperistico secondo essi è la rinuncia alla volontà appropriativa, e costitutivo della *paupertas* è soltanto un atteggiamento interiore. Gli Spirituali, il cui corifeo è da vedersi in Ubertino da Casale ([105]), aggiungono invece che la povertà non si esaurisce all'interno dell'animo del profitente, ma che è anche moderazione nell'uso delle cose; che la povertà consiste e non può non consistere in un «usus pauper».

La polemica è articolatissima, condotta sulla base d'un ampio apparato culturale — teologico, scritturistico e giuridico — né ci interessa se non perché tra le sue spire, dietro lo schermo della interpretazione della regola e della vita mistica dell'ordine, essa pone in discussione, per il tramite degli Spirituali, alcune salde conquiste della sistemazione francescana.

La posizione dei Conventuali è fermamente enunciata nella «Declaratio communitatis» contro le dottrine di Ubertino risalente alla fine del 1309 o, al più tardi, all'inizio del 1310 ([106]); l'oggetto del voto consiste unicamente nel «velle non habere proprium, quantum ad actum interiorem, et uti re ut non sua, quantum ad actum exteriorem». Sul piano del comportamento esteriore resta l'appendice di questo atto non impegnativo della persona — l'*actus utendi* — il quale trova la sua qualificazione sempre e soltanto grazie all'atteggiamento psicologico dell'agente di considerare la *res* come non sua ([107]); atteggiamento che è già ricompreso nella *abdicatio dominii*, che riguarda quindi il *velle*, che è già una conquista dell'atto interiore ([108]). Per cui il momento di validità dell'atto esterno è sempre racchiuso «in interiore homine», e l'uso resta un fatto amorfo ed opaco.

([105]) Singolarissima figura verso la quale è constatabile un moto di attrazione e di attenzione della storiografia antica e recente.

([106]) *Declaratio Communitatis «Circa materiam de usu paupere»*, in UBERTINO DA CASALE, *Opusculum 'Super tribus sceleribus»*, ed. A. Heysse, in *Archivum Franciscanum Historicum*, X (1917) (per la datazione della 'Declaratio', cfr. p. 105).

([107]) Si veda l'enunciazione programmatica dei Conventuali nella *Declaratio Communitatis 'Circa materiam de usu paupere'*, cit., p. 119.

([108]) É il rimprovero che muoverà ai Conventuali Ubertino da Casale. Cfr., più sotto, nota 114.

La involontarietà dell'uso, la sua neutralità a livello psicologico sono i due cardini del discorso Conventuale su cui si inserisce un orpello non sprovveduto di esemplificazioni suggestive: come dovremmo considerare noi — si domandano ripetutamente i fautori delle soluzioni ufficiali dell'Ordine — quel *frater* che vive alla corte di un principe o nella casa di un ricco a causa del suo impegno pastorale e usa delle ricchezze che gli sono attorno con distacco psicologico? O colui che, assunto all'episcopato o alla porpora cardinalizia, si trova costretto ad un uso siffatto (109)? E si risponde che non sarà mai l'uso a contraddistinguere il povero dal proprietario, giacché l'uso è un dato grezzamente quantitativo e nulla più; giacché potrà spesso darsi che l'uso del povero e quello del ricco siano identici, come alla mensa del principe non è distinguibile l'uso del principe e *dominus* dall'uso del frate che è lì come ospite e che non intende contravvenire ai suoi voti (110). Distinzione vi sarà certamente, ma sarà fondata sui compiacimenti, sulle volontà appropriative tipici soltanto dell'*actus interior*.

Quando ci si chiede scolasticamente se Cristo fu più povero di Giovanni il Battista, subito si precisa che ciò può ammettersi «quoad abdicationem dominii et iuris», ma non già «quoad usum» (111). Sotto il profilo dell'uso si può avere indifferentemente una cosa vile o una cosa preziosa senza che si ponga in discussione la povertà dell'utente; questa varierà se varierà la situazione dominativa, cioè volitiva, di cui essa si pone come un negativo (112).

---

(109) «votum nostrum tale est quod vivamus sine proprio, in obedientia et in castitate. Quod autem dicitur sine proprio, non sonat nisi abdicationem proprietatis et dominii in rebus, nec sonat usum pauperem, quia posset quis abdicasse dominium rerum et tamen uti rebus non penuriose, sicut fratres qui morantur cum principibus vel prelatis ... sicut e contrario habens proprietatem potest stricte vivere» (cfr. *Declaratio Communitatis*, cit., p. 116); o ancora, sempre della stessa *Declaratio* (p. 119), il testo seguente: «et ideo, quia pauper evangelicus utitur re ut non sua semper potest esse aliquando idem actus vel usus pauperis et divitis: sicut patet quando pauper comedit in domo divitis et de eodem cibo, et quando pauper habitat domum divitis et jacet in lecto divitis».

(110) Si rilegga il testo della 'Declaratio' trascritto più sopra, alla nota precedente.

(111) PIETRO AUREOLO, *Quaestio 'De usu paupere'*, cit., p. 54.

(112) É lo stesso Aureolo ad ammonirci che «ex varietate dominii variatur paupertas, quia quandocumque parce vel misere utaris re, si dominium habes non erit

L'uso non ha che legami estrinseci con il soggetto e non incide nel mondo del soggetto, il quale, usando di fatto delle cose, serba intatta la sua sfera essenziale ed è quasi come se non le usi.

Per questi motivi parlare di *usus pauper*, come si fa dagli Spirituali e soprattutto da Ubertino, pare agli esponenti della Comunità un *monstrum*, un assurdo insostenibile.

Un uso non è mai né povero né ricco, come non è mai né buono né cattivo, né giusto né ingiusto. Parlare di *usus pauper* significa operare una indebita commistione e contaminazione fra due mondi che han da essere rigorosamente separati. Parlare di *usus pauper* significa contravvenire al rigido dualismo sul quale i francescani han costruito la struttura del loro mondo, significa dare una rilevanza al mondo esterno, ridargli vita e vigore, farne un momento attivo, un valore anche per il soggetto. É quanto vogliono gli Spirituali.

Quale sia il volto storico di questi rinnovatori dell'Ordine francescano ognuno può constatarlo nella folta letteratura storiografica cui hanno dato origine e ispirazione. Noi proponiamo qui di essi il volto speculativo che sembra contraddistinguerli nella polemica sull'uso e che trova la sua possibilità di identificazione in un tentativo sempre più consapevole di colmare il dualismo tipico delle conclusioni francescane e di vedere armonicamente soggetto e mondo. Certamente, la dottrina dell'*usus pauper* è, nel suo primo propugnatore, l'Olivi, soltanto una scelta mistica più che la porzione centrale d'una complessa sistemazione filosofica; una scelta, per di più, che si afferma come meramente mistica per la sua relativa coerenza con l'intelaiatura rigorosamente volontaristica propria dell'Olivi ([113]). Ma ciò che in Olivi è appena accennato e non sistemato, avrà adeguata sistemazione da parte dei seguaci che, nell'acre e

---

stricta paupertas. E converso abdicato dominio, qualiscumque usus sit, non variatur paupertas» (*ibidem*, p. 53).

([113]) É questo un giudizio provvisorio, e che tale rimarrà fino a quando non saranno edite dal p. Aquilino Emmen le «quaestiones de perfectione evangelica» riguardanti la povertà (cioè le *quaestiones* ottava, nona e decima), non saranno organicamente editi i «Tractatus de paupertate» frammentariamente pubblicati dallo Ehrle, non sarà completata la edizione critica del commento alle sentenze già iniziata egregiamente, quasi cinquanta anni fa, dallo Jansen. L'opera dell'Olivi resta purtroppo ancora per gran parte inedita.

spietata polemica con la Comunità, trovano lo strumento per affinare i propri strali teoretici.

La diagnosi più lucida delle motivazioni che sorreggono tutto l'impianto discorsivo dei Conventuali è nel «Tractatus de usu paupere», dove Ubertino da Casale sviluppa una dialettica che è insieme solida ed abilissima. Egli contesta alla Comunità la visione esasperatamente idealistica, gli contesta l'idea centrale di un mondo che si filtra e si risolve nel soggetto, la prospettiva unilaterale che impedisce di cogliere la sua varietà e complessità nonché la sua autonomia.

Quando l'ufficialità dell'Ordine definisce la povertà «abdicatio iuris et dominii» e «usus rebus ut non suis», Ubertino gli rimprovera seccamente la tautologia: qualificare come uso doveroso per il profitente la povertà lo «uti rebus ut non suis», non significa qualificare l'uso, l'atto di usare, ma una volontà interiore; significa negare rilevanza al fatto esterno e nulla aggiungere a quanto è già espresso nel primo punto della definizione. Nel suo pensiero, è l'uso che, al pari dell'atteggiamento psicologico, assurge a una posizione qualificante deponendo la sua neutralità di nozione strutturale; e vi assurge con tutta la sua potenzialità di atto esterno (114).

Ubertino è straordinariamente lucido ed efficace quando segnala l'esistenza di una «ratio formalis actus exterioris», cioè di una autonomia dell'atto esterno né fittizia, né astratta, ma che si giustifica nelle ragioni intrinseche che nascono ed affiorano dall'atto stesso (115).

---

(114) «quod dicis quod paupertas ... habet actus inseparabiles: uti rebus ut non suis et nichil posse repetere, scire te credidi quod licet uti sit quaedam actio competens diviti et pauperi sub diversis tamen circumstantiis, tamen ly. 'nihil posse repetere' et ly. 'non suis' non dicunt actum; istud 'non suis' est idem quod ipsa abdicatio vel pars eius. Et si dicatur quod convenit uti re cum dominio et sine dominio, clarum est quod nullam differentiam ponit circa actum utendi, set solum circa rem ipsam; nec est aliud dicere quam quod homo habet dominium in re qua utitur vel non habet; habere autem usum opulentum vel artum bene ponit differentiam circa usum, ita quod pauper evangelicus differt a divite tam ex propria ratione quam usu» (UBERTINO DA CASALE, *Tractatus de usu paupere*, in UBERTINO DA CASALE, *Opusculum 'super tribus sceleribus'* ed. A. Heysse, in *Archivum Franciscanum Historicum* X (1917), p. 145).

(115) «quando dicitur [Ubertino si riferisce sempre alla *Declaratio Communitatis* dove si accenna alla castità] ... quod non est castitas sine usu et actu, certum est quod hic arguitur a simili et accipitur hic 'usus' et 'actus' non tantum pro interiori sed etiam pro exteriori: qui enim vovet obedientiam et castitatem vovet actum extrinsecum, quod

É tutto un mondo prima conculcato che tende a riemergere, è la pesante servitù del mondo oggettivo che trova una prima affrancazione, è un mondo di ombre che in queste affermazioni spirituali cerca di acquistare una sostanza reale. E il soggetto non è più soltanto volontà e dominio, non contempla più narcisisticamente in sé stesso il segno della sua filiazione da Dio e la perfezione della Sua immagine, ma è l'uomo sorpreso nello spazio e nel tempo, cioè nella *sua* storia impressa sì della *sua* volontà, ma anche della *sua* gioia, dei *suoi* dolori e dei *suoi* piaceri, insomma dei *suoi* sentimenti di creatura imperfetta.

Il tentativo di storicizzazione del soggetto mediante la sua immersione nei fenomeni è macroscopico; e, accanto, la rivalutazione dei fenomeni come strumenti integratori.

L'operatore non vede nell'uso un termine opaco, ma una dilatazione del suo esistere nella dimensione esterna; proprietà e povertà da atteggiamenti interiori inclinano a ricomprendere l'«actus exterior», e il *dominium*, strappato dal suo edificio perfettamente concluso, lo si riconosce ordinato all'uso come l'uomo è ordinato al godimento ([116]). La volontà abdicativa ha il suo naturale ed essen-

---

est formale obiectum actus interioris. Propter quod cum actus et obiectum sint correlativa, ratio unius includitur in ratione alterius, sicut ratio formalis unius correlativi in ratione alterius. Sicut igitur in preceptis negativis est dare actum positivum non solum intrinsecum, sed etiam extrinsecum, qui cadit sub precepto, sic et in proposito. Quando igitur dicitur quod actus extrinsecus paupertatis est uti re ut non sua, respondeo: ly 'non sua' non dicit actum nec rationem formalem actus exterioris set est idem quod ipsa abdicatio vel pars eius; oportet igitur quod sicut qui vovet obedientiam, vovet actum extrinsecum pro loco et tempore, quamvis obediendo utatur voluntate propria ut non sua, sic qui vovet paupertatem vovet pauperem usum, quamvis semper utatur rebus ut non suis» (UBERTINO DA CASALE, *Tractatus de usu paupere*, cit., p. 166).

([116]) «in voto tante profexionis vovet homo et intendit dare Deo non tantum quod est in plena hominis facultate, set etiam quod est homini magis carum atque dilectum. Cum ergo ius sive dominium rei ordinetur ad usum sicut ad fructum et finem suum — propter quod Aristoteles, primo Ethicorum, loquens de felicitate, comparat usum rei ad possessionem eius, sicut operatio ad habitum comparatur, et Nicholaus papa in decretali dicit quod secundum leges civiles usus non potest perpetuo a dominio separari, quia aliter dominium esset inutile — ergo sicut amator divitiarum, in quantum talis, diligit eas principaliter propter fructum ad usum earum ... sic e converso amator paupertatis seu contemptor divitiarum, in quantum talis, intendit per votum principalius a se abdicare ipsum usum prout scilicet derogat paupertati. Hoc autem manifeste patet per simile in voto obedientie et castitatis. Nullus enim querit habere ius in corpore coniugis, nisi ut possit corpore eius sine peccato uti et actuali usu alium prohibere; et

ziale complemento nel fatto abdicativo. E il mondo della volontà si sposa a quello dei fenomeni, e la rottura, su cui il pensiero francescano aveva sempre più insistito, tende a ricomporsi armonicamente, mentre l'incomprensione più aperta per il significato teologico delle conclusioni della Comunità serpeggia tra gli Spirituali (117).

Proprietà e povertà nelle trame di un discorso innovativo.

Non siamo qui a raccogliere la morale della favola narrata, ma a constatare la veridicità della premessa da cui siamo partiti: che il discorso francescano poteva considerarsi l'emergere di una rinnovata visione della società — e dell'individuo dentro di essa — che, sviluppandosi e deformandosi a seconda dei varii terreni storici, avrebbe però percorso un lungo itinerario sfociante immediatamente alle nostre spalle; che la pietra lanciata dal chiuso dei modesti conventi dell'Ordine avrebbe, con insospettata vitalità, varcato le mura degli orticelli conventuali e avrebbe colpito nel segno il senso

---

idem est de libertate proprie voluntatis. Ergo cum ius et dominium queratur principaliter propter usum, qui primum a se abicit per votum, secundum consilium evangelicum, necessario abicit et secundum in quantum superfluum» (UBERTINO DA CASALE, *Tractatus de usu paupere*, cit., p. 149). Si noti la terminologia del passo che è quella inconfondibile della filosofia francescana (soprattutto quando fa cenno alla «plena hominis facultas» e alla «libertas propriae voluntatis»). Ma si constati la distanza che separa le conclusioni del passo da quelle comunemente ricevute nella letteratura pauperistica prima di Ubertino. Non è poi senza significato il riferimento ad Aristotele. Un'ultima nota: anche nel mistico Ubertino, lo strumentario conoscitivo è quello offerto dal diritto e dalla 'scientia juris'; e l'esempio addotto della castità prospetta immediatamente una esperienza di rapporto tra gli sposi che si risolve in un problema di *ius in corpus* e di *usus*.

(117) É un incomprensione affatto dichiarata, che ha un preciso fondamento nella diversità delle premesse da cui muovono la Comunità e gli Spirituali. Si potrebbero addurre qui molti esempi; ne adduciamo uno solo, puntuale. In uno dei tanti atti nei quali ci è documentata la polemica fra le due parti — atto risalente al 1311 — si legge quale accusa di Ubertino: «et quod ad hoc adducunt verbum Augustini, quod non usus rerum, sed libido in causa est vel in culpa, potest dici, quod, sicut usus rerum non est in culpa, ita nec dominium in hiis qui licite possident» (*Declaratio fratris Ubertini de Casali et sotiorum eius contra falsitates datas per fratrem Raymundum procuratorem et Bonagratiam de Pergamo et sotiorum*, ed. da F. EHRLE, *Zur Vorgeschichte des Concils von Vienne*, cit., p. 166), nella quale non si deve soltanto vedere una risposta polemica, ma anche il rifiuto d'una comprensione delle posizioni avversarie, discutibili senza dubbio ma senza dubbio sapientemente costruite sul piano teoretico.

stesso della vita dei laici al centro della società; che il discorso francescano veniva perciò a costituire uno strumento insostituibile per interpretare storicamente viluppi e sviluppi delle future riflessioni sulla società e sul diritto.

In questa prospettiva, dapprima appena intuita, abbiamo operato una lettura della trattatistica «de paupertate» nel suo momento più originale e fecondo; lettura costantemente attenta più al negativo che al positivo di quelle opere, nella convinzione che, al di là dell'immagine positiva misticamente sfocata della povertà, esse ci riserbassero qualche messaggio di rilievo sul grande tema della appropriazione privata dei beni, quasi come quei negativi fotografici che soli esaltano certe linee e puntualizzano certi contorni.

Che noi d'altronde chiedessimo un simile messaggio alla letteratura pauperistica nell'àmbito della amplissima produzione teologica era giustificato dal fatto che, per la prima volta, un coro di teologi assumeva il rapporto uomo-beni come oggetto non marginale della propria speculazione e lo assumeva nell'angolo visuale prezioso della dialettica tra due contrarii, proprietà e povertà. Per la nostra indagine i trattati e le questioni sulla povertà e il tema stesso della povertà costituivano null'altro che occasioni per giungere a verificare una consapevolezza sottostante che tra le righe del discorso pauperistico non poteva non affiorare. E affiorava infatti, ed era agevole raccoglierla.

Consapevolezza intanto di nuovi valori della proprietà che la affermata separazione tra *dominium* e *usus* portava senza incertezze alla luce. É questo un dato rilevantissimo, ma su cui non si è mai riflettuto a sufficienza: se la proprietà può, senza annullarsi, separarsi in perpetuo dall'uso e dal godimento, è perché essa è pensata in termini diversi da quelli di uno strumento economico-giuridico di utilizzazione e di colonizzazione, è perché essa serba, anche dopo la separazione, forza e valore autonomi, magari non più sul piano della realtà economica ([118]). E abbiamo assistito a un trapasso di

([118]) In un diverso filone di pensiero, il domenicano Erveo Nedellec, che scrive un trattato sulla povertà nel momento culminante della grande disputa, in coerenza con le diverse premesse da cui parte il suo discorso, può con drastica recisione insegnare in senso opposto che «si autem quaeratur utrum usus licitus possit separari a iure saltem in ipso usu, ita scilicet quod aliquis possit uti aliqua re in cuius usu nullum ius habet ... hoc

piani da parte della proprietà e a una sua collocazione a livello etico-sociale.

Decantata di tutti gli elementi fattuali — che normalmente ma non essenzialmente le si accompagnano — la proprietà è divenuta un valore morale, una dimensione del soggetto, un momento della sua autosufficienza, della sua sovranità sui fenomeni; ha assunto un carattere qualificante per l'operatore ormai inteso come forza espansiva e dominativa, metafisicamente separato da un mondo ridotto a semplice oggetto di volizioni.

In altre parole, la separazione della proprietà dall'uso era il contraccolpo estremo d'una separazione essenziale avvenuta fra mondo della volontà (cioè dei soggetti) e mondo dei fatti, e che aveva provocato tutta una serie di assestamenti concatenati.

La riduzione dell'uso, in quanto *actus utendi*, a *simplex factum* era la leva demolitrice, sul piano del diritto, di tutta la costruzione tomistico-medievale: si constatava la mancanza di valori autonomi nella realtà fattuale e la sua impotenza a incidere, per sua propria forza, a livello dell'umano, per esempio del diritto; si sanciva la condanna della teorica del fatto normativo su cui si reggeva tutto l'ordinamento medievale. Questo ordinamento plasticissimo, dove fatto e diritto vivevano in continua osmosi, dove non era facile segnare nettamente il confine del giuridico come linea di discrimine con il fattuale; questo ordinamento pluralistico perché attento e rispettoso della coralità di istanze provenienti dall'intero ordine cosmico e disponibile a tradurle in norme, ha nei filoni di pensiero esaminati una colossale smentita: da un lato, il mondo del soggetto sovrano, che è il mondo del diritto; dall'altro, i fatti, e, in mezzo, un confine invalicabile che formalizza l'ordinamento, lo irrigidisce e tenderà sempre più a individuarlo nella dialettica superiorità-inferiorità, realizzata nello strumento volontaristico (e monistico) della legge ([119]).

---

est impossibile» (cfr. HERVAEUS NATALIS, *De paupertate Christi et Apostolorum*, ed. J. G. Sikes, in *Archives d'Histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age*, XII-XIII (1937-1938), p. 240).

([119]) Eloquente, a questo proposito, la fondazione autoritativa — peraltro scarna — da cui i francescani muovono, e che è costituita da una utilizzazione diretta delle fonti romane del Corpus juris, nel pieno rifiuto di ogni intermediazione. Eloquente anche il generale silenzio sulla «jurisprudentia» medievale, cioè su quello che poteva essere il più normale strumento mediativo fra teologo e fonti classiche; strumento cui fa frequente ricorso San Tommaso.

Il mondo del diritto si distorce nel mondo delle potestà del soggetto, e il *dominium*, come modello di ogni potestà, ne diviene il protagonista; solo che il momento tecnico-giuridico della proprietà si dilata a schema generale interpretativo di una società che trova nel *dominium* la sua scansione fisiologica. Nasce quel trionfalismo dominativo che sarà un tratto distintivo dell'età borghese.

É qui che il discorso francescano, da noi individuato nei testi pauperistici, rivela preziose possibilità interpretative di aspetti altrimenti enigmatici o almeno non univoci della futura *interpretatio* teologica, politologica, giuridica. Ne abbiamo più volte accennato nel corso del lavoro, ma conviene ora precisare più concretamente.

Sarà, a questo proposito, illuminante sottolineare che la sollecitazione alla presente ricerca è a noi provenuta da difficoltà incontrate nella interpretazione e sistemazione di fonti teologico-giuridiche più tarde. Avevamo sott'occhio quella interessante opera che è il «Tractatus de contractibus» scritto, alla fine del Quattrocento, dal teologo tubingense Corrado Summenhart (120) e ci riusciva singolare l'accostamento funzionale che egli faceva fra lo *jus* e il *dominium* come situazioni entrambe dominative, nonché un rilievo alla categoria «dominium» veramente esasperato. Dalle fonti di Summenhart, andando a ritroso, ci imbattemmo proprio nella grande speculazione francescana del tardo Duecento e più specificamente nella disputa sulla povertà.

Nel procedere di questo cammino a ritroso, il volto di un ampio canale speculativo si veniva via via svelando, e si storicizzava il suo autentico protagonista, il *dominium*, strumento insostituibile del volontarismo francescano e post-francescano: si capivano, pur nel suo limbo ereticale e nella appartatezza delle sue motivazioni, le architetture wycliffiane esprimentisi in termini di *dominium* (121); si

---

(120) Per una collocazione di Summenhart nel quadro della cultura tedesca della seconda metà del Quattrocento, si veda J. HALLER, *Die Anfänge der Universität Tübingen*, 1477-1537, Stuttgart, 1927.

(121) È palese il riferimento ai due grandi trattati di Wycliff 'De civili dominio' e 'De dominio divino'. Per due diverse interpretazioni, cfr; M. WILKS, *Predestination, Property and Power: Wycliff's Theory of Dominion and Grace*, in *Studies in Church History*, vol. II, ed. by G. J. Cuming, London, 1965, e G. LEFF, *Heresy in the later Middle Ages. The relation of Heterodoxy to Dissent, c. 1250-c. 1450*, Manchester, 1967, vol. II, p. 546 ss.

capiva perché in Gerson il *dominium* giocasse, sia pure in guisa singolarissima, un ruolo tanto diffuso e tanto rilevante (122); si capiva anche, in un clima ancora medievale, i motivi per i quali l'agostiniano Egidio Romano, che partecipa vivamente alla disputa sulla povertà, incentra sorprendentemente il suo «de ecclesiastica potestate» sull'idea di *dominium* (123).

Ma accanto a questo itinerario che si ricomponeva e si giustificava, tra le pagine dei maestri francescani sembrava pullulare tutta la problematica che sarebbe stata poi vivissima nel corso dell'età moderna: la proprietà come dimensione del soggetto e l'*avere* come contributo alla individuazione d'un soggetto; di conseguenza, il legame tra proprietà e libertà del singolo; la fondazione metafisica della proprietà e la sacralità della quale l'istituto non può non cingersi; il legame tra proprietà e meriti, che fa spontaneamente tornare a mente il tema ricorrente delle unilaterali ma splendide

---

(122) Il problema sarebbe meritevole d'una indagine specifica che non troviamo nella pur amplissima bibliografia gersoniana. Sulle matrici della ispirazione gersoniana cfr. J. B. MONNOYEUR, *La doctrine de Gerson: augustinienne et bonaventurienne*, in *Etudes franciscaines*, XLVI (1934), p. 690 ss. Fra i molti testi gersoniani che potrebbero indicarsi, basti rinviare, a titolo esemplare, al *Sermo de dominio evangelico*, in *Opera Omnia*, t. III, Hagae Comitum, 1728, col. 198 ss.

(123) Citato sempre, ma mai sufficientemente compreso e storicizzato troviamo da parte della letteratura storico-giuridica il 'De ecclesiastica potestate' egidiano. Chi ha messo in evidenza il rilievo dell'idea di *dominium* nella intelaiatura del trattato è il McLlwain, il quale però si limita ad una constatazione e sistemazione all'interno del pensiero egidiano senza approfondire il problema delle matrici culturali dell'idea (cfr. C. H. MCLLWAIN, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo medioevo*, trad. di G. Ferrara, Venezia, 1959, p. 306 ss. (l'opera risale però al 1932). Sul punto, si veda anche F. MERZBACHER, *Die Rechts-Staats — und Kirchenauffassung des Aegidius Romanus*, in *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, XLI (1954-1955), p. 90 ss. Nel 'De ecclesiastica potestate' (a differenza del 'De regimine principum' che è di molto precedente) la generale categoria interpretativa del potere è 'dominium', proprio perché il dominio si è sciolto ormai dallo schema obbligato della colonizzazione e della utilizzazione ed ha potuto assurgere a testimonianza del *nutus*, della disposizione, della potestà di un singolo o di un ente. A nostro avviso, si presuppongono alla meditazione egidiana la lunga, tormentosa riflessione operata dai disputanti intorno alla povertà e la conclusione della possibilità di un 'dominium sine usu', cioè di un dominio meramente potestativo. Si noti infine che, nel linguaggio di Egidio, la espressione frequentemente ricorrente 'dominium utile' è solo apparentemente coincidente con il termine tecnico della giurisprudenza medievale, ma significa *sic et simpliciter* il dominio economicamente rilevante, cioè la proprietà privata senza giurisdizione, e nulla più.

pagine weberiane sulla filosofia economica protestantica; il legame proprietà-virtù, e la tipizzazione sociologica del proprietario come uomo virtuoso, uomo socialmente provvido, il migliore degli uomini possibili, com'è nelle allettanti diagnosi della nuova politologia sei-settecentesca.

Non ci interessa di sapere quanto di questa problematica tragga origine dalla riflessione francescana; né ci interessa tendere un labile filo che ve la unisca, consapevoli come siamo che sul terreno storico i rapporti di dipendenza son troppo spesso costruiti su facili quanto vuote assonanze. Al termine della nostra lettura «francescana» vogliam solo constatare che la riflessione dei nostri teologi si pone in un emisfero temporale che non è più quello del medio evo, ma è quello dell'età nuova con un cumulo di problemi e di soluzioni che saranno, nel loro nucleo costitutivo, quelli stessi dell'età nuova.

Vorremmo ora, nel chiudere questo saggio, tentar di rispondere a una obiezione che taluno potrebbe rivolgerci: essere cioè singolare che alla teorizzazione d'una proprietà siffatta e alla costruzione d'una sociologia a base individualistica abbiano dato un contributo tanto decisivo i teorici della povertà assoluta, i praticanti una impietosa e assoluta povertà.

É agevole rispondere che, sotto questo profilo, non v'è una contraddizione nel pensiero francescano. Se il *dominium* è volontà dominativa, lo è parimente la povertà; anzi, la povertà è in colui che ne fa oggetto di voto manifestazione prima di volontà almeno nel suo aspetto di rinuncia a sé stesso, alla propria pienezza, alla propria superiorità sui fenomeni. Se la generale categoria interpretativa del *dominium* si sostanzia in due momenti, il positivo, come dominio sul mondo, e il negativo come dominio su sé stesso, la povertà, che è *dominium sui* e abdicazione alla propria *potestas*, sembra esservi ricompresa. Il francescano, che è così pronto a esaltare la dignità dell'uomo, che guarda con indubbia compiacenza alla sua sovranità sul mondo, sa che, sul piano della perfezione, c'è qualcosa di più: c'è la alienazione «propter Deum» del nostro *proprium*, della nostra individualità (124). Alienazione che è anch'essa segno indubbio di

(124) Paradigmatica è, a questo proposito, la *quaestio* di Pietro Olivi 'An sit melius aliquid facere ex voto quam sine voto' (vedila edita in A. EMMEN, *La dottrina dell'Olivi*

dominium, di padronanza di sé e, al tempo stesso, di soggezione a Dio.

Queste considerazioni tendono ad esaltare la unitarietà della problematica che sorregge proprietà e povertà; a sottolineare le ragioni, se pur ce ne fosse bisogno, dell'ottimismo con cui la speculazione francescana guarda all'uomo proprietario. Ci aspetteremmo una condanna globale e invece ne esce una conclusione, nel suo insieme, ottimistica. Il rapporto di superiorità è esaminato più «ex parte domini» che «ex parte servi», più come testimonianza della filiazione da Dio, dei meriti dell'uomo e della generosità divina, che come espressione della caduta nel peccato, della soggezione, del condizionamento ([125]).

Se si individua nella proprietà il nucleo della costituzione sociale, se si lega alla proprietà tutto il fenomeno giuridico, ciò è però più il frutto di una diagnosi lucida della realtà storica occidentale che di una visione contestativa. É per questo che noi non possiamo non riconoscere il grosso apporto dato alla costruzione di una nozione individualistica di proprietà da questi frati pauperrimi, ignari di fatto della suadenza delle ricchezze, negati a ogni soddisfazione mondana, esperti solo di contemplazione e di astinenza nella diafana vita di disadorni conventi.

---

sul valore religioso dei voti, in *Studi Francescani*, LXIII (1966), *passim* ma soprattutto p. 104.

([125]) I francescani hanno coscienza che la indivisione dei beni, situazione naturale prima della caduta nel peccato, si porrebbe successivamente addirittura come innaturale, e si guardano bene dal propugnare un collettivismo fondiario (per la posizione di San Bonaventura, cfr. H. J. LEGOWICZ, *Essai sur la philosophie sociale du Docteur Séraphique*, Fribourg, s.d. (ma 1936), p. 251 ss. e H. BORAK, *Principia doctrinae politicae apud S. Bonaventuram*, in *Laurentianum*, V (1964), pp. 315-316; pagine interessanti, specificamente rivolte a Scoto ma ricche di considerazioni generali, sono quelle di M. DE GANDILLAC, *Loi naturelle et fondements de l'ordre social selon les principes du Bienheureux Duns Scot*, in *De doctrina Ioannis Duns Scoti. Acta Congressus Scotistici Internationalis*, vol. II, Romae, 1968, soprattutto pp. 700-701). Se qualcosa essi condannano è lo smodato appetito rispetto ai beni e alle temporalità. La povertà stessa, che attiene alla perfezione spirituale, è uno stato che può e deve essere riservato a ristrette comunità di vocati e votati, all'incirca come avviene per la virtù della castità. L'uomo comune invece è, per sua natura, chiamato al matrimonio e al dominio. Valutazioni pessimistiche affiorano, se mai, o in esasperate esperienze mistiche, o in circostanze polemiche (vedi, p. e., la *Appellatio Bonagratiae contra bullam 'Ad Conditorem canonum' in concistorio Papae porrecta 14. jan. 1323*, in BALUZIUS-MANSI, *Miscellanea*, III, Lucae, 1762).

'GRADUS IN DOMINIO' (*)
(Zasius e la teorica del dominio diviso)

1. Tipicità storica dell'approccio di Zasius al problema della proprietà. — 2. La definizione zasiana di *dominium*. — 3. Zasius e la teorica del dominio diviso. — 4. Usufrutto e dominio utile. — 5. Il *dominium utile* come *dominium*. — 6. *Unum dominium* e *duplex dominium* nella visione compositiva di Zasius. — 7. Complessità e aporie del messaggio zasiano.

1. Se è vero, come abbiamo cercato di dimostrare altrove (1), che la dottrina delle proprietà nel diritto comune è frutto di una grande realtà corale che impegna la *scientia iuris* europea, con un lavorio costante, dalla prima esegesi bolognese al primo Cinquecento, è doveroso chiedersi se sia metodologicamente corretto isolare l'attenzione su Zasius, o se più semplicemente si tratti d'una scelta di comodo contrassegnata soltanto dall'arbitrio del ricercatore. Siamo convinti che puntare sul singolo personaggio costituisca sempre per lo storico un grosso rischio culturale e che questo rischio sia ancora più grosso in una cultura giuridica quale quella tedesca all'esordio del secolo sedicesimo dove al ceto dei giuristi continua a spettare il ruolo di protagonista; siamo però anche convinti che un simile procedimento di individualizzazione si legittima singolarmente per quel personaggio singolarissimo che fu Zasius (2). Un

---

(*) Si pubblica qui — in diversa redazione — il saggio che, con veste meno ampia e con un ridotto corredo di note (per i limiti di spazio imposti dall'editore), apparirà in 'Satura Roberto Feenstra LXV. annum aetatis complenti'.

(1) Cfr. P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus*, N.S., XVIII (1967), e *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* (Corso di storia del diritto), Padova, 1968.

(2) Facendo nostra la sensata scelta del suo più provveduto biografo, Roderich Stintzing — e, dopo di lui, di Thieme, di Eric Wolf, di Kisch e dei suoi più accreditati indagatori (cfr. G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1983 ^{2}, p. 313) — usiamo il nome latino per evitare le incertezze connesse

uomo di transizione, di spartiacque, seduto a un crocevia movimentato e tormentato: cattolico ma non insensibile al grande rinnovamento religioso di quei fertili anni tedeschi (3); fedele agli Asburgo e all'idea imperiale ma immerso fino al collo nella intensa realtà politica dei grandi feudi e delle libere città (4); rispettoso e innamorato della grande tradizione medievale (e particolarmente del diritto canonico) ma partecipe di quelle fresche correnti umanistiche che vivificano tutto l'Oberrhein da Heidelberg a Basel (5).

Al di sopra dell'uomo Zasius, il giurista, modellato fedelmente su questa umanità complessa e contraddittoria e al centro di molteplici e diverse forze, idealità, esigenze: fra diritto imperiale e legislazione particolare tedesca (6); fra la *interpretatio* collaudata da generazioni di giuristi — alla cui catena rispettabile si lega e di cui

---

all'esatta trascrizione del nome volgare; incertezze avvalorate dallo stesso Zasius nelle molte sottoscrizioni autografe conservate fino a noi (cfr. R. STINTZING, *Ulrich Zasius — Ein beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation*, Basel, 1857 (Photomechanischer Nachdruck: Darmstadt, 1961), Anmerkungen, p. 309.

(3) STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 216 ss.; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951 [3], p. 77 ss.; H. THIEME, *Zasius und Freiburg*, in *Aus der Geschichte der Rechts - und Staatwissenschaften zu Freiburg i. Br.*, hrsg. von H. J. Wolff, Freiburg im Breisgau, 1957, p. 17; ID., *Vorwort* alla raccolta di riproduzioni *Aus den Handschriften von Ulrich Zasius (1461-1535)*,Freiburg im Breisgau, s.d., pp. II-IV; G. BECKER, *Deutsche Juristen und ihre Schriften auf den römischen Indices des 16. Jahrhunderts*, Berlin, 1970, p. 88 ss.; KLEINHEYER-SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, cit. p. 314.

(4) THIEME, *Vorwort*, cit., *passim*.

(5) WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 92 ss. Dovrebbero essere qui ricordati molti contributi di Guido Kisch e di Hans Thieme; ma si vedano soprattutto G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit-Studien zum Humanistischen Rechtsdenken*, Basel, 1960, e H. THIEME, *Zasius und Basel*, in *Schau-ins-Land-79*. Jahresheft des Breisgau-Geschichtsvereins Schauinsland, Freiburg im Breisgau, 1961. Su questo clima dell'Oberrhein fra Quattrocento e Cinquecento, dove scorre «ein frischer Strom geistigen Lebens», sono ancora leggibili con gran frutto le vecchie pagine di STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 24 ss., un'opera che, a più d'un secolo dalla sua apparizione, appena qualche anno fa, uno studioso competentissimo e di non facile contentatura come Guido Kisch considerava «klassische, noch heute unentberhrliche» (cfr. G. KISCH, *Ulrich Zasius und Basel*, piccolo saggio risalente al 1961, che si può ora leggere negli *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, Berlin, 1972.

(6) H. THIEME, *L'oeuvre juridique de Zasius*, in *Pedagogues et juristes* — Congrès du Centre d'Etudes supérieures de la Renaissance de Tours: Eté 1960, Paris, 1963, p. 45.

si sente ultimo anello (7) — e il contatto senza intermediazioni con la verità dei *textus* romani (8); fra le lucide architetture teoriche care al docente universitario e le grezze ma vivaci soluzioni della prassi consuetudinaria familiarissime allo *Stadtschreiber*, al *Gerichtsschreiber*, al *Rechtskonsulent* (9), al redattore del *Freiburger Stadtrecht* (10).

Le contraddizioni e il groviglio di motivazioni, che non potevano non affiorare e consolidarsi nei giuristi più vigili e sensibili operanti fra Quattrocento e Cinquecento, si esasperano in Zasius; egli — più di ogni altro — le vive intensamente nell'osservatorio privilegiato dell'Oberrhein, che non è, in quel torno di anni, un cantuccio appartato dove riflettere stancamente, ma piuttosto il campo ideale di confronto e di scontro fra vecchio e nuovo (11). Vecchie e nuove metodologie giuridiche, vecchie e nuove idee,

---

(7) Come è dimostrato dal catalogo della sua biblioteca privata, costituita, in massima parte, da opere di commentatori civilisti e canonisti (cfr. H. THIEME, *Les leçons de Zasius*, in *Pedagogues et juristes*, cit., p. 34). Il catalogo può leggersi tra le 'Urkunden' pubblicate in calce alla biografia di STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 386.

(8) STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 100 ss.; WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 80 ss.; ID., *Ulrich Zasius (1461-1535) monument historique ou exemple actuel?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, 1963, 1, p. 377 ss.; THIEME, *Vorwort*, cit., pp. II-III; ID., *L'oeuvre juridique de Zasius*, cit., pp. 45-47; ID., *Les leçons de Zasius*, cit., p. 37.

(9) Per incarico del margravio Cristoforo di Baden Zasius redige nel 1511 i 'Der Markgrafschaft Baden Statuten, Ordnungen und Satzungen von Testamenten, Erbtheilungen und Vormundschaften'. Nella sua 'Lectura' al titolo 'de verborum obligationibus' del Digesto il giurista ricorda anche di aver redatto per i conti di Bitsch e per i signori di Rapolstein alcuni regolamenti familiari (cfr. STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 157 ss.;

(10) STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., pp. 156-157); THIEME, *Zasius und Freiburg*, cit., *passim*. Su Zasius 'legislatore' si veda anche la ricca documentazione offerta da un allievo di Thieme, Hansjurgen KNOCHE, *Ulrich Zasius und das Freiburger Stadtrecht von 1520*, Karlsruhe, 1957. Circa la paternità del 'Freiburger Stadtrecht' la letteratura più recente, contro i dubbi di Richard Schmidt proposti nella *Rektoratsrede* del 1903, sulla base di nuove fonti acquisite e soprattutto di lettere rimaste sepolte manoscritte nel fondo Amerbach di Basel, conferma che la legislazione municipale friburgense del 1520 è e resta «Zasius gesetzgeberisches Meisterwerk» (così THIEME, *Zasius und Freiburg*, cit., p. 22. Più ampia documentazione in KNOCHE, *Ulrich Zasius und das Freiburger Statdrecht*, cit., p. 17 ss.

(11) Un quadro vivo dell'ambiente e degli uomini è offerto nei tanti contributi che alla ricostruzione storica ha dedicato Guido Kisch. Particolarmente interessante ai nostri fini: *Humanismus und Jurisprudenz. Der Kampf zwischen 'mos italicus' und 'mos gallicus' an der Universität Basel*, Basel, 1955; *Die Anfänge der juristischen Fakultät der Universität Basel 1459-1529*, Basel, 1962; e anche la breve nota su *Ulrich Zasius und Basel*, cit.

princìpi consolidati e fermenti innovatori si confrontano e si scontrano nel giurista Zasius facendone quasi un modello dell'*homo novus* con tutto il suo bagaglio di segni: segni che ne tipicizzano il messaggio e lo rendono percepibile e isolabile per lo storico nella sua relativa autonomia; segni che dalle interiori coerenze dell'intellettuale si traducono spesso in una superficie di incoerenze formali, e chiedono all'interprete — per una compiuta storicizzazione — la difficile esplorazione delle loro radici spirituali. Fra questi affioramenti, particolarmente significativa ci sembra la riflessione zasiana sulla nozione di proprietà e sul sistema delle proprietà, perché espressione fedele del travaglio del giurista e quindi anche della puntuale tipicità del suo approccio.

2. Zasius non si sottrae a quella che sembrava essere la costante tentazione, propria a ogni giurista dopo Bartolo, di definire il *dominium*, e lo fa dimessamente scegliendo con umiltà il solco tracciato dal grande maestro marchigiano: com'è stato usuale fino a lui, il *locus* sarà sempre il commento alla l. *Si quis vi* del titolo 'de acquirenda et amittenda possessione' (D. 41, 2, 17) del Digesto, dove Bartolo aveva collocato duecento anni prima la propria smagliante definizione (12); lo schema è quello stesso bartoliano tutto teso a separare il *dominium stricto sensu* da situazioni generiche e ambigue e a identificarlo in grazia del suo oggetto (la *res corporalis*) e del suo contenuto (il *perfecte disponere* della cosa). V'è soltanto una variazione: l'avverbio modale 'perfecte' viene sostituito con 'libere' (13).

---

(12) Prima di definire formalmente la proprietà, Bartolo intende operare un chiarimento essenziale: proprietà è soltanto il potere che si esercita su una *res corporalis*; le situazioni che hanno per oggetto uno *ius* possono infatti essere qualificate come *dominium* soltanto in senso improprio, «largissime». Il *dominium* 'stricto sensu' «est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur». Sulla portata della definizione bartoliana, cfr. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit. p. 153 ss.

(13) ad l. Si Quis vi §. Differentia, n. 11 (in Udalrici ZASII *Operum tomus tertius commentaria seu lecturas eiusdem in titulos tertiae partis Pandectarum (quod vulgo Digestum novum vocant) complectens*, Lugduni, 1550). Nella struttura del commento Zasius segue puntualmente quella di Bartolo, richiamandosi espressamente alla insuperata *investigatio* del grande giureconsulto marchigiano. Distingue pertanto un «*dominium generalissime*» ricomprendente anche le situazioni dominative su *res incorporales*

Fin qui nulla da rilevare con troppa enfasi; la variazione è infatti abbastanza corrente fra gli stessi maestri quattrocenteschi del *mos italicus* (14) e si allinea in una certa sottolineatura della autonomia dei poteri del proprietario, della sua 'libertà', che è coglibile come un'evoluzione dottrinale, sul tema proposto da Bartolo, in seguito a precise influenze di quanto circolava sempre più fittamente all'interno della riflessione teologica e filosofica. Zasius ha però il pregio di insistervi, di volere esplicitare fino in fondo, e la sottolineatura ne risulta marcata. Se è vero che il *dominium* è definibile come lo «ius de re corporali libere disponendi nisi lex prohibeat», il contenuto del 'libere disponere' ne esce così precisato: «quod autem diximus 'libere disponendi' facit l. In re mandata C. mandati (15), l. Nemo C. de iudaeis (16), ubi dicitur quemlibet esse arbitrum in re propria sicut velit. Quilibet potest uti et abuti re sua sicut ei placet. Hoc est quod dicitur 'libere disponendi'».

Rispetto alla definizione di Bartolo, e anche rispetto alla l. *In re mandata* che Bartolo stesso aveva invocato, è nuova la identificazione del contenuto del *dominium* in un 'usus vel abusus', contribuendo alla inaugurazione di un conio espressivo tanto fortunato da diventar tralatizio durante tutto l'itinerario della scienza giuridica moderna fin quasi alle nostre spalle (17). *Abuti* è per lo storico-giurista un

---

(«aliquando accipimus dominium generalissime, effuso nomine, prout est ius incorporale, quod extenditur ad omnia quaecunque nostra esse putamus sive sint corporalia sive incorporalia»), e un «dominium strictius quod tantummodo attendit rem corporalem». Di quest'ultimo la definizione è: «ius de re corporali libere disponendi, nisi lex prohibeat». L'ampio commento di Zasius si sviluppa poi nell'esame delle varie *species* di *dominia stricta* con una ricchezza di analisi che pone la pagina zasiana fra le più notevoli riflessioni giuridiche in tema di proprietà. Accanto alla raffinata consapevolezza teorica è segnalabile il continuo confronto e quasi la continua verifica con la pratica giuridica di tutti giorni. Ma di ciò avremo modo di parlare in seguito.

(14) GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 155 ss.

(15) C. 4, 35, 21.

(16) C. 1, 12, 8.

(17) Sulla espressione, nella dottrina del tardo diritto comune prima di Zasius, si veda da ultimo D. WILLOWEIT, *Dominium und Proprietas — Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, in *Historisches Jahrbuch* (Im Auftrag der Görres-Gesellschaft hrsg. von J. Spoerl), 94 (1974), pp. 147-150. Poco più di un ammasso disordinato di fonti è invece reperibile in F. PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione 'dominium est ius utendi et abutendi re*

termine gremito di equivocità e mette conto che ci si soffermi un poco per chiarirne il significato nel contesto zasiano. Si potrebbe a tutta prima credere in un impiego rigorosamente tecnico del termine così come la prevalenza delle fonti romane sembra porgerlo: con *uti* e *abuti* il giureconsulto cinquecentesco avrebbe semplicemente fatto riferimento all'uso di una cosa, che è essenzialmente diverso a seconda che si tratti di cosa consumabile o inconsumabile; con *abuti*, giusta la terminologia dei classici, Zasius avrebbe inteso semplicemente l'innocua e neutra nozione dell'uso di cosa consumabile, un uso che si sostanzia nella consumazione della cosa, ossia l'*abusus* così come si coglie nella nicchia riposata delle fonti. Una nozione 'oggettiva', non caricata di quelle venature soggettive che assume invece nelle grossolane definizioni di molta dottrina successiva legandosi alla sovranità senza limiti dell'individuo proprietario.

A tacer del fatto che, anche se volessimo tradurre *abuti* con consumare, il riferimento generale non alle sole cose consumabili ma altresì alle inconsumabili ingigantirebbe questo *abuti* in una sua dimensione meramente potestativa, è però Zasius stesso, nel prosieguo del discorso, a dimostrare come riduttiva una simile interpretazione. Continua infatti così il testo: «Quod autem dicitur 'nisi lex prohibeat', propterea est quia in plerisque casibus non possumus abuti re nostra lege prohibente. Nam res suas pupillus non potest vendere sine decreto iudicis. Item prodigus non habet administrationem bonorum suorum. Item qui nimium sunt severi in servos suos, corripiuntur et coercentur. Nisi ergo lex prohibeat, de tuis rebus libere disponere potes». E, di rincalzo, subito dopo, due versi illuminanti tratti da una satira di Persio: «Cur mihi non liceat iussit quodcumque voluntas? — Excepto si quid Masuri rubrica vetavit» (18).

Se non andiamo errati, l'*abuti* di Zasius, come ci è confermato da altri testi non meno eloquenti (19), è diventato sinonimo di libertà,

---

sua quatenus iuris ratio patitur', opera risalente al 1886 ma leggibile oggi, con una limpida premessa di Luigi Capogrossi Colognesi, in una recente ristampa (Napoli, 1980).

(18) A PERSI FLACCI *Saturarum liber*, sat. V, vv. 89-90.

(19) *Paratitla in primam Digestorum sive Pandectarum partem, ad tit. De his qui sunt sui vel alieni iuris* (in Udalrici ZASII *Operum omnium ... tomus primus*, Lugduni, 1550), n. 7: «quamvis possim abuti re mea ... est enim quilibet moderator et arbiter in

di una disposizione tanto libera del bene, da non trovare limiti interni se non nello *iussum voluntatis* del proprietario, fatto sempre salvo, dall'esterno, l'intervento autoritario della legge. Se non andiamo errati, la definizione bartoliana subisce nella recezione del giurista cinquecentesco qualcosa di più che una revisione formale. Zasius, che vive in terra tedesca dove il volontarismo è così profondamente attecchito nella visione dei teologi neoterici (20), che si pone con occhi e orecchi assai vigili al centro d'un tessuto umanistico vivacissimo, che si compiace di esaminare i 'viscera textuum' (21) senza lasciarsi troppo fuorviare dai filtri delle opinioni comuni, gli dà un contenuto maggiormente potestativo, sembra quasi dargli una nuova carica per consentirgli di percorrere — rinforzata dall'interno — i cammini profondamente rinnovati dall'emisfero moderno. All'*abuti* è affidato il segreto della nuova potenzialità. È l'*abuti* che campeggia al centro del *dominium* e denuncia una costruzione fondata più sul soggetto che sulla cosa, edificata più partendo da quello che da questa.

3. Il discorso zasiano ha però il 'torto' di proseguire ancora in una sconcertante fedeltà al modello bartoliano: «hoc dominium ... dividitur in duas differentias; est enim dominium directum et est dominium utile» (22); e il quadro d'insieme si complica con l'inse-

---

re sua ... hoc tamen limita si sit enormis abusus, ut est in prodigo», dove l'aggettivazione 'enormis' sottolinea non la nozione oggettiva del consumare la cosa, ma quella soggettiva di usare della cosa secondo la misura del proprio piacere.

(20) Di cui è specchio vivaccissimo quel trattato 'De contractibus licitis atque illicitis' stampato nel 1500 dal teologo tubingense Corrado Summenhart e ristampato più volte con grande successo di lettori negli anni seguenti; trattato che sicuramente Zasius ebbe fra le mani e dove un ruolo centrale spetta a una nozione di *dominium* parossisticamente intesa al modo della teologia volontaristica post-scotiana. Sul 'de contractibus', cfr. J. HALLER, *Die Anfänge der Universität Tübingen 1477-1537*, Aalen, 1970 (Neudr. Ausg. Stuttgart 1927), p. 176. Sulla presenza di Summenhart nel quadro della speculazione teologica di quegli anni, *ibidem* p. 172 ss. Cfr., anche P. GROSSI, *Usus facti — La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), p. 349 ss.

(21) L'espressione, efficacissima, è dello stesso Zasius (cfr. *Commentaria in Digestum Vetus*, in *Operum omnium ... tomus primus*, Lugduni, 1550, *ad tit. Si certum petatur, ad l. Si ego*, n. 9 (D. 12, 1, 18).

(22) *ad l. Si quis vi §. Differentia*, cit., n. 12.

rimento della nozione di *dominium* nell'intelaiatura della teorica medievale del dominio diviso, che dimostra ancora in questi testi zasiani tutta la sua vitalità.

Vitalità non artefatta, non libresca. Prima che nelle pagine del professore di Freiburg la divisione del dominio è articolazione della concreta società tedesca, è schema organizzativo della vita quotidiana delle campagne tedesche dove l'assetto continua squisitamente feudale e dove il concessionario d'un bene ha guadagnato sempre più una sua consistenza economica e giuridica (23). Zasius, sia come avvocato, sia come notaio, sia come consulente di grandi famiglie feudali (24), contempla questa realtà e vi è anzi completamente immerso (25). È la sua familiarità con la pratica, è la sua concezione non ludica (26) ma funzionale del lavoro del

---

(23) F. LÜTGE, *Geschichte der deutschen Agrarverfassung vom frühen Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1967, *passim*, ma soprattutto p. 159 ss. Il quadro, a tinte un pò troppo fosche e con giudizi troppo netti, che porge Erik Wolf sulla separazione fra dottrina di diritto comune lentamente penetrante in Germania e prassi popolare e giudiziale, fra razionalità libresca e raffinatezze architettoniche del diritto imperiale e buonsenso degli istituti del vecchio diritto sassone, può forse essere appropriata per il diritto delle persone e di famiglia, o anche per il diritto successorio, ma non si attaglia al terreno dei diritti reali dove il diritto comune opera una sostanziale recezione dei risultati della pratica altomedievale segnata da fortissimi influssi germanici; e sa un pò troppo di filo-germanesimo. Sono pagine cioè storiograficamente unilaterali, e che tradiscono una parziale conoscenza del diritto comune tedesco nella sua evoluzione (il riferimento è a *Grosse Rechtsdenker*, cit., pp. 67-69).

(24) Molta luce han portato su questi aspetti della vita di Zasius le ricerche di Thieme citate nelle note precedenti. Interessante anche K. S. BADER, *Zasius als Notar*, in *Schau-ins-Land*, cit., p. 13 ss. Su questi coinvolgimenti insiste anche Erik Wolf, che tuttavia, come spesso succede a questo autore, si lascia prendere da suggestioni storicamente poco verificabili o addirittura scorrette. Secondo Wolf infatti Zasius nell'esercizio delle sue funzioni di notaio avrebbe dimostrato sempre «jenen ausgeprägten Sinn für das Praktische, der dem alemannischer Volkstamm eigen ist» (*Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 73). Constatazione esattissima, sciupata da un insensato riferimento al *Volkstamm*.

(25) Cfr. THIEME, *Les leçons de Zasius*, cit., soprattutto p. 37. È questo il senso anche delle pagine che vi dedica M. HERBERGER, *Dogmatik — Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1981, pp. 224-26.

(26) L'aggettivo è qui usato in senso squisitamente huizinghiano. Huizinga stesso nel suo 'Homo ludens' fa espresso riferimento alla scienza giuridica degli umanisti come a un tipico esempio di attività scientifica in cui è presente un carattere ludico (cfr. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, trad. ital. di C. von Schendel, Torino, 1973, p. 214).

giurista (27) a costringerlo a registrare nei suoi commentarii — e a teorizzare — un istituto tanto vivo; è la sua seconda anima (28) di giureconsulto attento alla vita locale e alle consuetudini tedesche (29) a spingerlo su questo terreno. E non è inutile sottolineare come, parlando di questa realtà giuridica, Zasius si senta in dovere di puntellare e chiarire la dotta terminologia latina con frequentissime espressioni del linguaggio pratico tedesco, che interrompono vivacemente il *cursus* maestoso del commentario come devono aver portato una ventata d'aria fresca nel chiuso dell'aula universitaria dove il maestro chiosava l'antica sapienza.

---

(27) Il giurista, se vuol corrispondere alla vocazione connessa strettamente al proprio *Beruf*, non può non essere anche un pratico. La scuola di Zasius intende preparare dei pratici, non degli umanisti, anche se l'insegnamento del Maestro è sempre culturalmente aperto, mai recettizio e criticamente provvedutissimo. Una impostazione che da Zasius si trasmette agli allievi, a Freigius e a Mynsingerus (cfr. THIEME, *Les leçons de Zasius*, cit., pp. 34-36), e che si esalta in quella personalità di giurista a più dimensioni che è Bonifazio Amerbach (cfr. H. THIEME, *Die beiden Amerbach — Ein basler Juristennachlass der Rezeptionszeit*, in *L'Europa e il diritto romano — Studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano, 1954, I, soprattuto p. 144 e p. 147 ss.). Sulla scuola di Zasius e sulla sua metodologia, si veda H. WINTERBERG, *Die Schüler von Ulrich Zasius*, Stuttgart, 1961.

(28) Su questa *Doppenstellung* ha giustamente insistito THIEME, *Zasius und Freiburg*, cit., soprattutto p. 14. Già nella sua opera di 'legislatore' Zasius aveva dimostrato sensibilità per la pratica del diritto. Osserva Thieme: «dass Zasius sein gesetzgeberisches Werk 'juri communi magna ex parte conforme' nennt, wird man freilich nur als relative Wahrheit anerkennen können, denn in Vergleich mit anderen Stadtrechtsreformationen der Zeit ist der deutschrechtliche Anteil am Freiburger Stadtrecht doch verhältnissmassig stark» (THIEME, *Vorwort*, cit., p. III).

(29) Pagine efficaci e documentatissime in STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 145 ss. Illuminante l'approccio di Zasius con il problema della natura giuridica delle servitù consuetudinarie atipiche della campagna tedesca (cfr. *ibidem*, p. 152 ss.). Un testo di notevole interesse è offerto dalle *Enarrationes in titulum Institutionum de actionibus*, § *Aeque*, nn. 24-25 (in UDALRICI ZASII ... *Operum tomus quartus* ..., Lugduni, 1550): «advertendum est etiam alias esse servitutes, quae notissima consuetudine Germaniae nostrae et forte in Gallia observantur, ut est ius venandi, aucupandi in tuo fundo, hauriendi aquam ex puteo tuo, piscandi in flumine tuo, ligna ex silva tua secandi, pascua pecorum et multa his similia, quae aliquando dominis competunt, etiam si vicina praedia habere non videantur. Hic dubitatur non immerito an huiusmodi iura sint servitutes vel an pacta personalia ... Dico indubitanter huiusmodi iura esser servitutes reales sed fortasse innominatas et ita consuetudine notissima Germaniae servatur. Nam sunt perpetuae et ad haeredes extenduntur, et sequuntur quencumque possessorem fundi servientis sicut aliae servitutes reales ...».

Dietro la 'barbarica' terminologia saporosa di esperienza vissuta, nella sistemazione tecnico-giuridica Zasius ripeteva però vecchi schemi, faceva sua l'architettura inventata dalla *interpretatio* medievale e collaudata da generazioni di *iurisprudentes*, una architettura che sembrava prestarsi mirabilmente a ordinare gli assetti della realtà circostante senza mostrare alcun segno di decrepitezza malgrado l'usura plurisecolare. E la geniale sistemazione di Bartolo, che aveva prestato un prezioso apparecchio di sostegno alle sensate ma claudicanti intuizioni della Glossa e dei primi Commentatori, torna fresca e squillante sulla bocca dell'uomo dell'età nuova. Quest'uomo ha una concezione del diritto tutta empirica, che lo vincola per istinto naturale al buonsenso dei medievali, coglie nella regola giuridica non l'occasione (ludica, dicevamo qualche rigo sopra) per divertimenti filosofici e retorici, ma la forma che si plasma in coerenza del corpo sottostante. Questo corpo sociale non è in Germania, ai primi del Cinquecento, gran che distante dal mondo di Bartolo. Zasius, né filosofo né poeta ([30]) ma, come giurista, attento alla misura di quel corpo, rispettoso di quella misura, si riconosce nella realtà corale di generazioni di giuristi — tutti né filosofi né poeti ma operai d'uno straordinario cantiere — che avevano edificato il diritto comune.

Che senso ha per Zasius questa geminazione del *dominium*? Che senso ha scomporre l'universo dominativo in un *dominium directum* e in un *dominium utile*? ([31]). Rispondiamo: costruire una teorica delle proprietà partendo più dalla cosa che dal soggetto, impedire che l'*utilitas rei* sia sepolta e vanificata in una visione tutta potestativa della appartenenza di un bene, premiare l'effettività sul bene,

---

([30]) Anche se insegnerà occasionalmente retorica e poesia (cfr. STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit. p. 39), egli si riterrà e resterà sempre caratterialmente un giurista.

([31]) I più significativi testi zasiani sulla dottrina del dominio diviso ci sembrano i seguenti: innanzi tutto, *Commentaria in Digestum Novum*, cit., *ad l. Si quis vi §. Differentia*, cit.; *ibidem, ad l. Possideri §. Ex contrario. de acquirenda et amittenda possessione* (D. 41, 2, 3); *ibidem, ad l. Si finita §. Si de vectigalibus. de danno infecto* (D. 44, 2, 11); *In usus feudorum epitome — Qualiter feuda constituantur et quid iuris vasallus ex eis consequatur* — pars sexta (in Udalrici ZASII ... *Operum tomus quartus* ..., Lugduni, 1550); Udalrici ZASII ... *Singularium responsorum libri*, in *Operum tomus quintus* ..., Lugduni, 1550, lib. II, cap. X: Udalrici ZASII *Responsa iuris sive consilia*, lib. I, cons. XII (in *Operum tomus sextus*, Lugduni, 1550).

consentire l'emersione della dimensione *utilitas* addirittura a livello proprietario. Arrivare insomma alla costruzione di *una* proprietà incarnantesi esclusivamente nella *utilitas* ([32]). L'*uti-frui* può costituire in capo a un soggetto una facoltà assolutamente non autonoma (è il caso del conduttore semplice), o relativamente autonoma (é il caso delle servitù personali, e in particolar modo della più rilevante fra di esse, l'usufrutto), o perfettamente autonoma: quest'ultimo è il caso del dominio utile; che è *uti-frui*, che è situazione strutturalmente non diversa da qualsivoglia *uti-frui* ma contrassegnata dal sigillo dell'autonomia. Come precisa Zasius, è una «facultas iure proprio» a carattere non obbligatorio ma reale, che impegna frontalmente senza intermediazioni il soggetto e la cosa, il soggetto e una dimensione della cosa, non la sua *substantia* ma la sua *utilitas* ([33]). In tal veste questo *uti-frui* incarna *una* proprietà.

4. La conclusione è nettissima nel pensiero del giurista, ma il terreno è inevitabilmente infido e rischioso. Se infatti, sul piano logico e tecnico, non possono sorgere equivoci tra la situazione del *dominus utilis* e quella del *conductor* per la indiscutibile diversità delle due posizioni soggettive e per la qualità giuridica dei rispettivi godimenti, il discorso tende a confondersi sul punto specifico dei rapporti fra usufrutto e dominio utile. L'usufrutto, in quanto servitù, è in qualche modo una partecipazione alla sfera del reale, una partecipazione tuttavia che le fonti romane sembravano registrare con apparenti contraddizioni e che la dottrina medievale, a sua volta, aveva interpretato con una buona dose di imbarazzo, complicando anziché semplificando il problema. È per questo che Zasius vi insiste

---

([32]) Anche se Zasius, nel suo commento alla l. *Si quis vi* §. *Differentia*, cit., ha un momento di rigorismo romanistico («utile hic non intelligitur quasi dominium ferens utilitatem sed ideo dicitur utile quia minus perfectum ... unde practici qui utile dominium nominant das nutzbar eygenthumb non videntur bene sentire» (n. 18), smentisce subito dopo clamorosamente questo rigore storicistico («vasallus habet feudum, est dominus minus principalis, colligit tamen omnem utilitatem fructuum iure proprio, id est iure utilis dominii» (n. 22), dove 'utile' è posto in rapporto con 'utilitas' e riacquista tutta la sua pregnanza economica.

([33]) *Dominus directus e dominus utilis* sono domini «diversis respectibus» della cosa (*ad l. Si quis vi* §. *Differentia*, cit., n. 17); ciascuno è dominus «suo iure» (*ibidem*, n. 22).

a più riprese, nella convinzione squisitamente scientifica di doversi sbarazzare, una volta per tutte, di confusioni e incertezze, in un colloquio immediato, tutto tipico dell'uomo nuovo, con le proprie fonti normative, accantonando con coraggio e fermezza il filtro ingombrante delle *opiniones* più o meno *communes*. La riflessione zasiana è quindi preziosa, giacché anche per questa strada arriva a chiarirci la nozione stessa di dominio utile nel suo continuo contrappunto con un istituto falsamente similare.

È una falsa somiglianza che Zasius vuole smantellare, fondata su una lettura superficiale e frettolosa dei due assetti giuridici, e perciò fondata sull'equivoco. In quest'opera di smantellamento il discorso non può non farsi icastico e non assumere anche una sua *vis polemica*.

L'usufrutto, servitù personale, ha indossato spesso nell'insegnamento dei Commentatori il carattere di «ius debile, valde invalidum et incertum et quod facile amittitur» (34). Zasius ne è convinto ma desidera motivare e basare la conclusione guardando alle fondazioni antropologiche dell'istituto. È infatti la logica intima di esso che viene colta nell'immaginoso linguaggio zasiano: «usufructuarius habet ius personale et hoc est ius debile, quia homo bulla est»; è debole perché non incardinato nella cosa ma vincolato alla persona, perché intrasmissibile a terzi, perché destinato a scomparire nel nulla con la morte del titolare. Proprio in questa sua natura, che lo vincola a una certa persona e a quella soltanto, sta la debolezza strutturale dell'istituto. È la cosa invece che ha la sua fissità, la sua permanenza nel tempo al di là delle vicende individuali, mentre la vicenda individuale ha per l'ordinamento la stessa vacuità e impalpabilità d'una bolla d'aria, si contrassegna insomma per la sua scarsa rilevanza e relativa attendibilità.

Rispetto alla servitù personale la stessa servitù prediale appare «ius fixum et permanens», e si capisce perché si dia al titolare di questa e si neghi al titolare di quella la possibilità di denuncia di nuova opera che sia venuta a turbare il legittimo possesso del bene. L'usufruttuario infatti detiene il bene (35), non ne ha neanche la

---

(34) Udalrici Zasii *Commentaria in Digestum Novum*, cit., *ad l. Hoc edicto §. Usufructuarius. de novi operis nuntiatione*, n. 3 (D. 39, 1, 1).

(35) *ad l. Possideri §. Ex contrario*, cit., n. 28: «Quicquid teneat communis opinio,

naturalis possessio ([36]), ha soltanto la *quasi possessio* del suo *ius usufructus* ([37]). Zasius la consapevolezza di porsi qui contro insegnamenti riposati, addirittura consolidatisi in opinioni comuni, ma l'esigenza di mettere un ordine definitivo, di togliersi dalle secche delle oscurità prevale; e prevale, come più sopra anticipavamo, il limpido colloquio con le fonti dell'interprete fatto robusto da robuste convinzioni umanistiche. In uno Zasius generalmente prudente, generalmente rispettoso della grande tradizione medievale, è questo un momento di emersione di forze spirituali legate alla profonda rivoluzione culturale del Quattrocento. La tradizione non ha chiarito a sufficienza, e di essa si dovrà fare a meno leggendo i *textus* senza occhiali deformanti. È da questa lettura che si staglia nitida la figura di un soggetto, l'usufruttuario, che «nihil habet possessionis

---

veritas est quod usufructuarius fundum fructilem non possidet ullo modo, accipiendo possessionem pro vera possessione, prout in hoc titulo accipitur, sed tantum detinet vel tenet, quae est doctrina verissima roboranda nobis multis textibus, ut que ex diametro pugnet cum communibus opinionibus. Pro ista conclusione textus est apertissimus in l. Acquiruntur, in fine, supra, tit. 1 (D. 41, 1, 10), dum dicitur servum ab usufructuario non usucapi, quia non possidet scilicet fructuarius. Textus est in l. I. §. Quod ait praetor, infra, quorum legatorum (D. 43, 3, 1), ibi, quia neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur (sunt verba textus), id est detinetur. Item in l. Celsus §. Julianus, supra. ad exhibendum (D. 10, 4, 5), ibi, qui ususfructus nomine rem teneat, quamvis non possideat. Porro textus est in l. Certe §. Is qui, infra. de precario (D. 43, 25, 6), ibi, nam et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in fundo, sed non possident. Nonne hi textus sunt manifesti? Denique in l. Sciendum, in fine principii, supra. qui satisdare cogantur (D. 2, 8, 15) dicitur qui tantum habet usumfructum, possessor non est. Dimitto alia iura. Cum ergo textus habeamus, quid attinet contra niti et velut coelum oppugnare gigantibus. Ubi enim est textus, ibi nulla dubitatio». Pagina tipica dell'*homo novus* Zasius tutto teso a un dialogo immediato, diretto, con le fonti antiche.

([36]) *Ibidem*, n. 29: «non obstat l. Naturaliter, in principio, infra. eodem (D. 41, 2, 12), cum dicit textus naturaliter possidere videtur qui usumfructum habet: is textus potius suffragatur nobis quam quod oppugnet, quia, cum verbum 'videtur' significet improprietatem, recte ergo usufructuarius vere non possidet naturaliter sed improprie, quia est detentator, qui habet similitudinem cum naturaliter possidente. Et non est destruere phrasim iureconsulti, qui non ociose dixit 'possidere videtur'. Poterat enim dicere: naturaliter possidet. Et dato quod verbum videtur aliquando significet et veritatem, tamen in casu nostro necesse est quod improprie veniat ne toti textus subvertantur quot nos allegavimus supra».

([37]) Udalrici Zasii *Commentaria ad Digestum Novum*, cit., *ad l. Hoc interdictum §. Quod ait praetor. Quorum legatorum* (D. 43, 3, 1).

nec dominii» ([38]), che logicamente e tecnicamente «a dominio separatur» ([39]).

Da questa confinazione dell'usufrutto nel limbo delle situazioni personali si esalta per contrappunto la 'realità' del dominio utile collocato ben al di dentro dell'usbergo protettivo del *dominium*: «causaliter facultatem utendi fruendi, non formaliter praebet» ([40]), o, per dirla in altra versione, «fructuum commoditas comitatur causaliter utile dominium» ([41]). È il vecchio linguaggio e la vecchia strumentazione tecnica dei dottori medievali, che viene qui ad essere sapientemente utilizzata; se vogliamo, è la vecchia distinzione dell'usufrutto in formale e causale ([42]) che si profila nello sfondo, che

---

([38]) *ad l. Possideri §. Ex contrario*, cit., n. 30: «fructus autem quos sublevat fructuarius, non sublevat propter naturalem possessionem fundi, sed propter ius servitutis personalis, quod ei in fundo concessum est. Fructus quidem quos percipit in fundo sunt sui, sed nihil habet possessionis nec dominii». Per una complessa lettura delle fonti romane in tema di rapporti fra *dominium* e *ususfructus* e sull'usufrutto come pars dominii, cfr. Udalrici Zasii *In primam Digestorum sive Pandectarum partem paratitla*, cit., *ad lib. VIII, tit. I — De usufructu*, n. 3 ss., e soprattutto *Lectura in titulum Digesti Novi de verborum obligationibus* (in *Operum tomus sextus*, Lugduni, 1550), *ad l. Qui usumfructum* (D. 45, 1, 58) nn. 1-3, nonché *Responsa iuris sive consilia*, cit., lib. I, cons. XII, nn. 28-33, dove l'esegesi utilizza strumenti della logica classica e scolastica in tema di *pars/portio*.

([39]) *Responsa iuris sive consilia*, cit., lib. I, cons. XII, n. 31.

([40]) *Ibidem*, n. 32.

([41]) *Ibidem*, n. 31.

([42]) Molto ci sarebbe da dire sull'atteggiamento di Zasius verso questa divisione dell'usufrutto tradizionale alla scolastica giuridica medievale. Basti qui precisare che, con lo stesso atteggiamento contraddittorio rivelato dalla sua teoria della proprietà, da un lato, sembra non rinunciare alla divisione, dall'altro, critica sul piano logico la nozione di usufrutto causale. Si veda il passo già citato: *ad lib. VII tit. I — De usufructu*, n. 4 («ususfructus duplex est. Formalis qui a proprietate separatur, causalis qui cum ea coniungitur»), ma soprattutto i *Commentaria ad Digestum Vetus*, cit., *ad l. Si fundi mei. de condictione indebiti* (D. 12, 6, 12), nn. 1 e 2, in un passo dove Zasius sembra confessarsi intellettualmente nella complessità delle sue ispirazioni. Vale la pena di lasciare a lui la parola: «in hoc enim errarunt superiori anno quidam Doctores alicuius universitatis quam non nomino, et sunt tamen puerilia, quae decent pulverarios scholares, scilicet duplicem esse usumfructum. Alius est causalis et alius formalis. Causalis qui sequitur dominium, ut cum dominus fruitur re propria. Quare fruor horto meo? quare accipio fructum ex horto meo? Causa est, quia sum dominus: propterea dicitur causalis, quia propter causam dominii competit. Iste ususfructus nihil est in re realiter et entitative, nisi sequela dominii *volgt dem eygenthumb nach*. Alius formalis, quia separa-

viene recuperata al solo scopo di impedire indebite accomunazioni. Usufruttuario e *dominus utilis* hanno un contenuto comune — il godimento d'un bene — soltanto a un livello grezzamente materiale; a livello invece di costruzione giuridica, se, da un lato, si ha la provvisoria separazione dell'*uti-frui* al di fuori della nicchia della proprietà fino a prender forma propria come pertinenza d'un soggetto (la servitù personale con tutte le debolezze strutturali che conosciamo e la sua fragilità nel tempo), dall'altro, si ha una *commoditas fructuum* che trova la sua causa nel *dominium* e che è, a sua volta, causa d'una situazione dominativa non condizionata alla vicenda del titolare temporaneo, tanto che quel titolare ce l'ha *iure proprio* e non in via derivativa (43), e in tal veste la può vendere, donare, subconcedere, cedere insomma ad altri (44); tanto che a suo presidio non ha una *actio confessoria* ma un tipo di *rei vindicatio* (45).

Il dominio utile, originato dalla cosa e pertinenza della cosa, ha

---

tur a dominio, ut cum aliquis utitur et fruitur fundo meo ex aliquo titulo, dicitur servitus personalis, finitur cum persona ... et ideo dicitur formalis, quia est quaedam veluti forma separata a materia, si possit forma naturaliter separari a materia, tunc diceretur ens formale. Nos bene in intellectu possumus concipere formam sine materia, ut docet Rodolphus Agricola ... ». È un testo speculare della personalità dello scrivente con tutti i suoi motivi: l'umanista dal piglio deciso, fiducioso nelle sue possibilità interpretative e che sembra condannare alla polvere le invenzioni puerili del passato; l'uomo di cultura neoterico, che ha letto avidamente e assimilato le pagine di Rodolfo Agricola; il giurista dalla duplice personalità, aperto alle ardite architetture logiche e attentissimo alla pratica corrente nell'esperienza tedesca; il giureconsulto che coglie le debolezze della costruzione dell'usufrutto causale ma che non sa rinunciarvi e che, nella sostanza, pur tra mille perplessità, accoglie la distinzione consolidata nella dottrina (si veda, più sotto nel testo, al n. 4, la soluzione del caso pratico proposto da Zasius nello sfondo della *lex*).

(43) Soltanto una causa remota è da vedere infatti nell'atto di concessione da parte del proprietario, com'è nel caso di dominio utile *ex concessione domini* (feudo, enfiteusi, superficie, locazione a lungo termine, etc.).

(44) *Responsa iuris sive consilia*, cit., lib. I, cons. XII, n. 32: «ille [usufructus] a persona inseparabilis est et cessus alteri quam domino interit; hoc autem [dominium utile] a persona separari et apud tertium residere potest, ut per experientiam patet. Potest enim feudum renuntiari in tertium, potest donari, alienari, distrahi, subinfeudari, dum hoc licite fiat».

(45) «vasallus ratione utilis dominii rei vindicationem habet, ut a quocumque possessore vendicet ..., etiam — ut puto — contra dominum ... Et non solum agere sed et defendere se poterit ... taleque iudicium et sententia inde secuta, domino sive sciente sive ignorante, quo ad iura utilia praeiudicabunt ...» (*In usus feudorum epitome — Qualiter feuda constituantur et quid iuris vasallus ex eis consequatur*, cit., n. 37.

una sua perfetta autonomia, «a persona separari et apud tertium residere potest». Aggiunge Zasius con una di quelle notazioni fuggevoli che tradiscono l'osservatore attento della realtà pratica: «ut per experientiam patet» (46). Entra nella pagina del giurista l'eco d'una società tardo-feudale, in cui il feudo come rapporto personale ha lasciato il posto a un rapporto prevalentemente patrimoniale e in cui il feudatario, economicamente e socialmente sempre più invadente, ha resecato il nesso funzionale col signore e pretende disporre della sua situazione dominativa in maniera sempre più dominativa, all'incirca come sta avvenendo di là dal Reno in terra di Francia.

5. La ferma contrapposizione fra usufrutto e dominio utile, nella quale è forte il contributo personalissimo del giurista di Konstanz, serve a chiarire che, aderendo alla dottrina del dominio diviso, Zasius non ha fatto del nominalismo. Il dominio utile non è un *flatus vocis*, un'espressione pittoresca o addirittura scorretta per qualificare una generica situazione di godimento, ma è una nozione ricavata all'interno del *dominium* in senso tecnico. Quell'«aliquid plus» (47) che feudatari, enfiteuti, superficiari, conduttori a lungo termine hanno rispetto ai titolari d'una servitù personale e prediale è precisamente il loro essere *domini*, la loro partecipazione alla sfera della proprietà.

Il *dominium* è realtà scomponibile, che nutre sempre potenzialmente nel suo seno almeno due realtà minori e più limitate, le quali acquisteranno consistenza, o per la negligenza del pieno proprietario (in base a certi tipi di prescrizione), o, al contrario, per la sua volontà (in base a certe concessioni fondiarie) (48). In ambo i casi il fascio

---

(46) *Responsa sive iuris consilia*, cit., lib. I, cons. XII, n. 32.

(47) *ad l. Hoc Edicto §. Nuntiatio. de novi operis nuntiatione (D. 39, 1, 1), cit. n. 4.* Nel testo qui citato Zasius si domanda a chi competa il potere di distruggere 'propria auctoritate' il *novum opus* che ha turbato il legittimo possesso; e risponde che non compete certamente a coloro che hanno soltanto la *naturalis possessio* della cosa. Ma aggiunge: «quod limitate, nisi naturalis possessor habeat quiddam amplioris iuris quam naturalis possessio, sicut emphyteuta et vasallus, qui tantum naturaliter possident secundum omnes doctores, tamen habent aliquid plus, quia habent utile dominium. Nam tales possunt prohibere dominum manu propria vel nuntiare novum opus».

(48) *ad l. Si quis vi §. Differentia*, cit. Zasius, nella sistemazione dei *dominia utilia* che fa nel commento alla l. *Si quis vi §. Differentia* (n. 19 ss.), ne individua quattro. Di

scomposto di poteri si coagulerà in un dominio diretto e in un dominio utile. L'educazione romanistica di Zasius lo porta a ripetere gli omaggi formali al direttario come 'verus dominus' che sono consueti a tutta la *iurisprudentia* del diritto comune ([49]), ma la sua sensibilità alla prassi tedesca lo conducono a sottolineare senza ambiguità ed anzi con molta decisione il carattere dominativo di ogni dominio utile. Il dominio utile, situato ben al di qua e non al di là della sfera del 'mio', non è *ius in re aliena, è dominium* ([50]).

Il nodo concettuale da cui tutto il filo del ragionamento si dipana è quello cui accennavamo all'inizio: il godimento, a certe condizioni, quando è il contenuto di una posizione autonoma del soggetto sul bene, può *di per sé* incarnare una proprietà. Lo Zasius feudista, avvezzo ai socialmente ed economicamente ingombranti feudatari tedeschi, lo dichiara con lucidità nel suo commento agli 'Usus', costruendovi tutto il proprio edificio e spingendolo fino al segno estremo e più esasperato: «quando verba utendi et fruendi in principalis dispositionis consequentiam ponuntur, proprietatem significant» ([51]), dov'è segnalabile quel termine 'proprietas', che la dottrina prevalente aveva ritenuto un sinonimo di dominio diretto e che qui trova una disinvolta dissacrazione. Il dominio diretto e il dominio utile sono infatti assimilabili dal punto di vista della loro intrinseca qualità dominativa, segno che il dominio utile si è irrobustito agli occhi dell'esegeta cinquecentesco.

Un caso pratico proposto e risolto dal giurista ce ne dà la dimostrazione compiuta nell'eloquenza che soltanto le rigorose scelte tecniche rivelano allo storico del diritto. Il problema, varia-

---

essi i due tipi fondamentali, secondo l'insegnamento tradizionale della dottrina di diritto comune, sono quello 'quod contrariatur directo' acquisibile in base a prescrizione e quello 'quod subordinatur directo' acquisibile in base a un contratto feudale, enfiteutico, etc.

([49]) «Directum dominium competit domino principali et primario» (*In primam Digestorum sive Pandectarum partem Paratitla*, cit., *ad lib. VI, tit. III — Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*, n. 3); «directum habet verus dominus» (*ad l. Si mater §. Eandem*, cit., n. 16).

([50]) «qui petit fundum quia suus est, ex ista causa generali censetur complecti omnem causam dominii qualiscunque haec sit, undecumque eveniet, et in talibus appellatione dominii potest venire utile» (*ad l. Si mater §. Eandem*, cit., n. 16).

([51]) *In usus feudorum epitome — Qualiter feuda constituantur*, cit. n. 36).

mente impostato dalla Glossa, da Bartolo e da Giasone, è il seguente: «An rem quae iure pleni dominii mea ex, est utili dominio possim condicere» (52). Contro la Glossa e Bartolo la risposta è negativa, ed è interessante la ragione d'una tal negazione: perché anche il dominio utile incarna una proprietà, perché anche il titolare d'un dominio utile non si discosta qualitativamente dalla situazione giuridica del proprietario cui è negato lo strumento processuale della *condictio* in relazione alla cosa propria; per Zasius infatti la *res* è giuridicamente *sua*. Guardando da loico la scomposizione operata dalla teorica del dominio diviso, egli coglie nei rapporti fra *dominium plenum* e singoli *dominia* parziali una semplice relazione del genere con la specie, del tutto con la parte. All'interno dello stesso *genus* e dello stesso *totum* non vi sono trapassi qualitativi, bensì una identità di tessuto giuridico: «quicquid iuris est generi vel toti ad totum, hoc speciei vel parti est quo ad speciem» (53). Si può anzi affermare che fra dominio diretto e dominio utile «nullam esse inter utrumque differentiam» (54).

6. Se tiriamo le fila dell'articolato discorso di Zasius e tentiamo di ricomporlo, non è difficile scorgere al suo interno una sostanziale aporia che lo domina: da un lato, una definizione del *dominium* segnata dalla nozione di *abuti*, e pertanto abbastanza spostata sul soggetto, con una indubbia tensione verso l'unicità del *dominium* come tutte quelle teorie della proprietà costruite sul soggetto o almeno partendo da esso e dalle sue esigenze; dall'altro, una accettazione piena, senza perplessità — diremmo anzi, convinta — della dottrina del dominio diviso con l'assimilazione giuridica fra i due *dominia*, il diretto e l'utile, e una conseguente relativizzazione — se non vanificazione — dell'*abuti* nella sua accezione di libertà dispositiva.

Si potrebbe arrivare a pensare che ciascuno dei proprietari 'pro diviso' della cosa ha, nell'ambito del proprio ordine, «in iure suo», sotto diversi rispetti, l'uno in relazione alla *utilitas*, l'altro alla *substantia*, una certa sfera di *abuti* e che si possono ipotizzare due

(52) *Singularium responsorum libri*, cit., lib. II, cap. X.
(53) *Ibidem*, n. 5.
(54) *Loc. ult. cit.*

abusus sulla cosa. Ma perché non rilevare con franchezza che la nozione di *abusus*, comunque la si voglia intendere, è la meno armonizzabile con la dottrina del dominio diviso? Tant'è vero che essa è generalmente estranea ai costruttori medievali di questa dottrina, primo fra tutti Bartolo. Forse è più storiograficamente apprezzabile segnare la sostanziale aporia e coglierla come il segno della tormentosa vicenda culturale che la scienza giuridica soffre nei primi decenni del Cinquecento e di cui Zasius ha il pregio storico di essere specchio fedele, uomo seduto ad un intricato crocevia, sensibile a varie e diverse correnti.

Il grande commento zasiano al libro 'de acquirenda et amittenda possessione' del Digesto è di questo tormento una significativa testimonianza proprio nella sua non-univocità. Parlar di tormento può essere irritante per chi è abituato a cogliere nelle costruzioni dei giuristi linee e circoli perfetti, cioè soltanto armonie descrittive e sistematiche, ma il lettore non deve scorgervi nessun stonato sapore storico. È la complessità del discorso, la ricerca di nuove strade per sciogliere il nodo gordiano del rapporto *dominium-dominia* a indicare allo storico il disagio del vecchio interprete, i suoi dubbi e le sue perplessità più che le certezze, quei disagi e quei dubbi che lo storico, malato dell'illuminismo più semplicistico, vuol troppo spesso ridurre nella gabbia di artificiose coerenze, precludendosi la comprensione del messaggio cifrato di cui sono portatori.

Sembra quasi che Zasius si rigiri tra le mani un intrico di fili, cercando e ricercando nel tentativo di trovare il bandolo della matassa. Il tema che non lo trova tranquillo è quello della concorrenza solidale di più di un padrone sulla stessa cosa, tema sul quale i testi romani han parlato in un determinato senso e sul quale pratica e teorizzazione medievali han costruito in ben altro senso.

Leggiamo la riflessione del maestro friburgense nel commento alla l. *Possideri*. Vale la pena che si riporti il testo per esteso: «id quod diximus in possessione, etiam procedere in dominio, quia plures non possunt esse domini in solidum unius rei. Est contrarium naturae esse duos dominos in solidum unius rei, uno tempore, uno respectu, quia quod meum est, non est tuum l. Pomponius, supra, de probationibus, et habetis bonum textum in l. Si ut certo §. Si duobus vehiculum, ubi pulchre philosophatur iurisconsultus, supra, Commodati... Haec doctrina non procedit, si sint gradus in dominio, si

alterum dominium sit generalius altero. Nam sic Comes est dominus generalis territorii sui, nihilominus particulares personae in Comitatu habent dominia rerum suarum. Imperator est dominus mundi... et tamen multa sunt specialia dominia in mundo. Sic etiam in emphyteota, in vasallo: is habet dominium utile, *das minder eygenthumb*, et domini emphyteosium vel feudorum habent dominium directum...» ([55]). E più sotto: «cum in feudo et emphyteosi, *hublehen*, dominus habeat dominium directum, at vasallus et emphyteota, *der lehenmann und der huber*, dominium utile, *das minder eygenthumb*, ita quod huiusmodi dominia tanquam subalternata et subordinata, *eins under dem anderen, dem hohern* dominio *bringt das minder eygenthumb kein schaden. da sind zweyen herren des eygenthumbs aber mit einer ordnung*, apud duos in solidum consistant sine concursu, sine collisione et repugnantia, *ist kein widerspan da...*» ([56]).

La dottrina del dominio diviso trova qui una sua singolare trasfigurazione. Non è smentita, anzi è riaffermata, ma rivissuta dal giurista in una nuova luce teoretica: non specie distinte di dominio che concorrono sullo stesso bene e sono l'una all'altra ripugnanti, ma un *hoher eygenthumb* e un *minder eygenthumb* concepibili come *gradus*, come manifestazioni d'una stessa realtà giuridica; più che due dominii «sind zweyen herren des eygenthumbs aber mit einer ordnung», una stessa realtà non compatta ma gradualmente ordinata: «gradus in dominio».

Si noti la mescolanza farraginosa del latino con il volgare tedesco così come il docente parlò nel vivo della sua lezione o scrisse nei suoi appunti ([57]). Segno sensibile, finanche nella forma esteriore,

---

([55]) *ad. Possideri §. Ex contrario*, cit. n. 5.

([56]) *Ibidem*, n. 26.

([57]) Com'è noto, di Zasius non possediamo edizioni critiche (male assolutamente comune a tutta la *iurisprudentia* di diritto comune), e sono poche le stesse opere pubblicate dall'autore in vita. I grandi 'Opera omnia' curati dal figlio e dall'allievo Joachim Mynsinger a Frundeck si basano spesso, per esplicita dichiarazione dello stesso Mynsinger nella prefazione alla raccolta, soprattutto per quanto attiene alle 'Lecturae', su appunti presi dai discepoli. A proposito delle frequenti frasi tedesche inserite in mezzo al discorso latino si potrebbe pensare a un inserimento del discepolo stesso, che supplisce alla sua scarsa familiarità col latino giuridico, integrando il testo con la propria lingua quotidiana. Ci sentiremmo di escluderlo: rientra infatti nell'uso didattico di Zasius

della confluenza che si veniva ad operare nell'aula dell'Università di Freiburg tra prassi agrario-feudale tedesca ed esegesi romanistica. E dietro questa confluenza il disagio di quell'uomo dalla doppia anima che è Udalricus Zasius. Dal suo disagio nasce il tentativo teorico di composizione: cogliere nel non eludibile dominio utile una delle facce d'una stessa realtà, esorcizzarlo romanisticamente, per così dire, assimilandolo al dominio diretto come voleva la pratica ma rinchiudendolo dentro l'involucro dell'*unum-dominium*.

Quanto poco un simile involucro fosse resistente e quanto invadente fosse quel *minder eygenthumb*, soltanto formalmente minore, lo dimostra — di lì a poco — nello stesso commento zasiano la riflessione sulla l. *Si quis vi*. Ci siamo già incontrati con questa pagina: è, dopo Bartolo, il luogo dove gli interpreti danno briglia sciolta al proprio discorso sulla proprietà, dove abbiamo rilevato la definizione del nostro Zasius, dove abbiamo constatato la sua accettazione (in mezzo a tante altre testimonianze) della dottrina bartoliana del dominio diviso. Ora, ci corre l'obbligo di constatare che la riflessione dell'interprete cinquecentesco non si arresta al punto in

---

il puntellare i testi latini con la terminologia del volgare tedesco, esprimendo così — financo a livello formale — i canoni di un metodo giuridico straordinariamente aperto alla prassi e di un metodo pedagogico tutto teso a un colloquio vivo con gli studenti. La lezione di Zasius non è infatti mai né un serbatoio di erudizione antiquaria, né un contorto intrico di *auctoritates* al di sotto delle quali seppellire gli uditori. Il frequente richiamo alla terminologia usuale tedesca ha il significato di un innesto di vita pratica nel tessuto delle architetture scientifiche, un innesto utilissimo a quel futuro protagonista della vita giuridica tedesca che è l'attuale uditore della lezione. Come conferma di queste indicazioni abbiamo molte testimonianze (una, ad esempio, proprio nel commento alla l. Si quis vi §. Differentia, n. 18), in cui non è pensabile l'interpolazione del discepolo, ma in cui il testo tedesco è visibilmente parte integrante del tessuto logico dell'esposizione del maestro. La *Ursprünglichkeit* delle *Vorlesungen* zasiane è stata apertamente sostenuta e difesa da un conoscitore espertissimo non soltanto dei contenuti sostanziali dell'opera di Zasius ma altresì della sua tradizione manoscritta, Hans Thieme (cfr. *Zasius und Freiburg*, cit., p. 18). L'eminente Collega di Freiburg, anche sulla base della sua conoscenza dei manoscritti esistenti delle «Lecturae», in un recentissimo scambio epistolare su questo specifico tema delle inserzioni di frasi tedesche, ha avuto la cortesia di avvalorare la nostra opinione, ribadendo con decisione che esse rappresentano la voce autentica di Zasius e sono assolutamente congeniali al temperamento e al metodo didattico del giurista di Konstanz. Ci sia consentito di esprimere qui al Prof. Thieme la nostra gratitudine per i consigli e gli aiuti, che ha voluto fornirci nel corso della redazione di questo lavoro.

cui l'avevamo lasciata (anche se già fino a quel punto ci aveva riservato non minime occasioni per alcuni rilievi), ma procede ben oltre; e il quadro si complica ulteriormente.

Bartolo, nella sua lucida sistemazione, aveva fatto cenno (e dopo di lui molti altri maestri del commento) all'opinione di alcuni esegeti francesi, che avevano teorizzato l'unicità del *dominium*; nella sua coerenza interamente medievale, Bartolo non aveva però avuto una sola esitazione nel respingerla, rilevandone implicitamente la antistoricità, cioè la estraneità al sistema delle situazioni reali che il medioevo aveva elaborato e che i dottori andavano brillantemente codificando sul piano teorico (58). È esattamente il contrario di quanto accade a Zasius. Egli è turbato, quasi conquistato, dalla rigorosa opinione dei maestri orleanesi, e il discorso ha una brusca svolta: «mihi videri posset Aurelianenses non male sensisse, scilicet unum tantum esse dominium». E riaffiora la conclusione esplicitata nella chiosa alla l. *Possideri*: non «species diversae» ma «diversae qualitates et differentiae in dominio» all'interno di una medesima sostanza. Sotto altra veste, in una schematizzazione maggiormente persuasiva sul piano filosofico, è la stessa teoria dei *gradus in dominio* che viene qui riproposta (59).

---

(58) Sul riferimento di Bartolo, cfr., da ultimo, le considerazioni di R. FEENSTRA, *Les origines du dominium utile chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani)*, ora in *Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit*, Leyde, 1974, p. 253 ss.

(59) «Verum est Doctores Aurelianenses (ut dicebat quidam doctor Teutonicus qui hanc legem repetiit, ut eum allegat hic Bartolus) tenent quod tantum unum sit dominium; sed reprobato eorum dicto Bartolus dividit probans esse multiplex dominium, non unum tantum, quia in l. Possessores, in fine, C. de fundis patrimonialibus, lib. XI, ibi, emphyteutae dicuntur domini curiarum et tamen adhuc sunt alii domini qui concedunt emphyteosim. Paulus de Castro allegat bonum textum in Authentica Si vero dominus C. de haereticis, ubi nominatur dominus temporalis et alius dominus principalis. Igitur varia sunt dominia. Mihi videri posset Aurelianenses non male sensisse, scilicet unum tantum esse dominium. Nam quo ad substantiam dominii recte dicimus unum esse dominium, cum dominium sit ius incorporale, sed omnia iura incorporalia sunt individua, ut in vulgato §. Cato traditur. Et quamvis sit aliquod maius sive superius dominium et aliquod minus vel inferius dominium, aliud alio respectu, tamen ista non faciunt species distinctas, quia magis et minus non faciunt specificam differentiam. Substantia non recipit magis vel minus... unde possunt esse diversae qualitates et differentiae in dominio, sed non diversae species. Et ita possent videri Doctores Aurelianens sensisse».

Ma non basta; nemmeno a questo punto si arresta il discorso zasiano. Un'altra svolta, e non meno brusca: «nihilominus, recedendo ab eorum doctrina, causa facilioris eruditionis, distinguite duplex dominium, directum et utile» (60). L'acerbo dissidio fra il dottrinario astratto vincolato ai rigori della sua logica e il didatta, che deve educare ad architetture giuridiche d'una società viva più che al disegno d'una città ideale, emerge palese; ed emerge la concezione zasiana del giurista e del maestro di diritto, vocati ambedue a costruire forme non come divertimento culto o erudito ma per un corpo sociale che ha delle pretese e chiede attenzione verso quelle sue pretese.

La 'facilior eruditio' ha la prevalenza, perché è quella che serve ai discepoli, è quella che ha la sua verifica, al di là delle aule universitarie, nelle strade affollate di Freiburg e nelle campagne del Baden. Dice Zasius, elencando i caratteri dei due *dominia*: «directum... in practica nominamus *das mehrer eygenthumb*» (61). E più avanti: «practici qui utile dominium nominant *das nutzbar eygenthumb*» (62). Sono frasi che han per noi il valore d'una confessione. Il termine tedesco, che fa brusca irruzione di sé nel latino sapienziale, segnala che le finestre dell'aula universitaria sono ben aperte sull'esterno e che attraverso quelle finestre entra di prepotenza una ridda di figure e di voci appartenenti alla vita quotidiana. Il maestro tollera con indulgenza quella irruzione e gli sacrifica addirittura la sua coerenza di uomo di scienza.

7. Il sistema zasiano delle proprietà non ha l'armonia, anche logica, del sistema di Bartolo. Diciamo di più: non poteva averla, perché è un sistema riveduto e rivissuto duecento anni dopo Bartolo. Due secoli, e folti di mutazioni: antropologiche, innanzi tutto, con una profondamente diversa visione dei rapporti fra uomo e natura, fra soggetto e cose; e poi culturali, con una diversa collocazione del singolo giurista nel ceto dei giuristi e, conseguentemente, con un suo diverso approccio con le fonti normative.

La realtà più stagnante, almeno intorno a Zasius, è la cornice del

(60) *Ibidem*, n. 12.
(61) *Ibidem*, n. 13.
(62) *Ibidem*, n. 18.

paesaggio agrario e della platea sociale. I nodi, le claudicanze, le contraddizioni delle pagine zasiane si motivano forse proprio in questo divario; il nostro giurista soffre dello iato che corre fra strutture e rappresentazioni simboliche. Come soffre della incandescenza di un momento storico segnato da un divenire nel profondo, cioè nelle sue radicazioni spirituali. Ed egli, intellettuale e operatore, con la testa fra i libri e i piedi ben piantati nella sua terra renana, ci appare necessariamente bifronte. Sotto più di un profilo si addice al professore di Freiburg la splendida notazione che il Petrarca aveva, nelle 'Res memorandae', riferito a se stesso: 'velut in confinio duorum populorum constitutus, ac simul ante retroque prospiciens' (63).

A livello della teoria della/delle proprietà questo stato d'animo complesso prende forma nell'imbarazzo che nasce nell'interprete dal conflitto non risolto fra momento potestativo e momento fruitivo quali dimensioni caratterizzanti. La composta contemplazione di Bartolo, denunciante la serenità d'una visione non turbata da dissonanze, diviene in Zasius una sistemazione né definita nè definitiva nella stessa previsione dello scrivente. Quel suo commentario, che tradisce il *cursus* della esposizione magisteriale, che si apre e si chiude continuamente e prolissamente, sembra conclamare una sua provvisorietà, una sua disponibilità a nuovi ripensamenti. Su un sistema di proprietà estremamente dilatato (si potrebbe spendere qualche ulteriore attenzione — accanto al dominio utile — anche a una nozione marginale ed equivoca ma significativa, che affiora in qualche pagina del Nostro, di *dominium limitatum* (64), o a quella di

(63) *Rerum memorandarum libri* (ed. crit. per cura di G. Billanovich), Firenze, 1934, lib. I, n. 19.

(64) Ci limitiamo a indicare un testo significativo, che tenta di ricondurre entro i termini delle consuete categorie giuridiche una fattispecie inseribile con parecchie difficoltà entro quelle categorie. Si tratta di situazioni a mezzo tra usufrutto e dominio, com'è il caso di quel testatore che «reliquit Titiae certa bona ad fruendum donec viveret et post mortem ipsius liberis suis ex conditione quod, si isti liberi sine liberis morerentur, bona devenirent ad quendam tertium» (*In primam digestorum sive Pandectarum partem paratitla*, cit., *ad lib. VII, tit. IV — Quibus modis ususfructus amittatur*, n. 15). Per Zasius «in hoc casu, licet non sit ususfructus, tamen est dominium limitatum, quod in hoc sequitur naturam usufructus, ut, decedente Titia, in persona liberorum dicatur novum dominium sed limitatum... Hoc casu, quandiu liberi supersunt usque in infinitum,

un *dominium revocabile* «quod datur iuris intellectu in re ipsa») (65) galleggia una definizione che a quel sistema si attaglia solo forzatamente. Due idee-forza ispiratrici (e non nello stesso senso) sembrano percorrere quel sistema.

Se mai, lo storico che ha presente tutto l'itinerario dottrinale dei secoli futuri, non può fare a meno di sottolineare in Zasius una dialettica fra *unum dominium* e *duplex dominium*, nella quale serpeggia un tentativo di recupero della unicità del dominio. È un tentativo che Zasius stesso fa abortire, che resta appena abbozzato, che è più volte smentito da scelte contrarie; è un tentativo soffocato in un tessuto culturale (cioè di cultura giuridica) fitto di aporie. Certamente, siamo però di fronte a un presentimento di quella unicità del dominio che tra poco sarà da molti clamorosamente gridata sui tetti sia in Francia che nella stessa Germania.

---

semper habebunt novum et limitatum dominium; vendere tamen et alienare non possunt» (*ibidem*). Una singolare figura di *dominium* contrassegnata dalla equivocità e a cui sembra assolutamente estraneo un contenuto di *abuti*. Segno che in tema di *dominium* opera quasi una doppia coscienza di Zasius, per un verso assolutizzante, per l'altro estremamente relativizzante.

(65) È il caso di Tizio che, gravemente ammalato, dona a Flacco *mortis causa* un fondo, tradendogli il possesso. Tizio risanato ha due strumenti processuali: la *condictio ob causam* e la *rei vindicatio*. Perché? Chi è il proprietario del fondo? Risponde Zasius: «dicite esse aliquod dominium, quod datur iuris intellectu in re ipsa, quo casu sunt omnia dominia revocabilia, et ista dominia possunt condici, quia saltem iuris intellectu sunt tralata ad alium. Ita est titulus donationis in lege nostra, et cum ista conditione bene potest stare rei vindicatio. Fundus potest condici et potest vendicari, quia donatarius realiter, vere et naturaliter non est dominus. Quapropter res ab eo vendicatur. Iuris intellectu fingitur dominus, quapropter ab eo potest condici. Ita maritus dicitur dominus rei dotalis iuris intellectu, sed natura, re ipsa, manet dominium in muliere... Aliud est dominium irrevocabile, reale, verum, naturale, dominium iuris gentium, ut ita loquar. Tunc res non condicitur, quando hoc dominium non est tralatum, sed vendicatur. Nos loquimur hic de dominio revocabili» (*Commentaria in Digestum Vetus*, cit., *ad l. Cum quis, de condictione causa data causa non secuta* (D. 12,4, 12), n. 2 ss.; il testo citato è al n. 8.

IDEOLOGIA E TECNICA IN UNA DEFINIZIONE GIURIDICA

(La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas)

1. La definizione obertina di feudo nella interpretazione del diritto comune: *a)* la situazione reale del feudatario come dominio utile. — 2. La definizione obertina di feudo nella interpretazione del diritto comune: *b)* sulla inadeguatezza tecnica dell'usufrutto a cogliere la situazione reale del feudatario. — 3. La riflessione sulla situazione reale del feudatario nel dibattito cinquecentesco: il discorso inaugurale di Charles Dumoulin. — 4. Il feudo come *quasi-dominium*: Le Douaren e Baron. — 5. Il feudo come usufrutto: le venature ideologiche della costruzione di Cujas. — 6. Dopo Cujas: dominio utile, quasi-dominio, usufrutto.

1. Nella seconda delle due lettere, che Oberto dell'Orto scrive al figlio Anselmo per erudirlo sulla difficile e a Bologna spregiata materia feudale e che costituiscono il cuore dei cosiddetti 'Libri feudorum', sta una famosa definizione di feudo:

> "est beneficium illud, quod ex benevolentia alicuius ita datur, ut proprietate quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remanente ususfructus illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque suos masculos sive feminas, si de his nominatim dictum sit, in perpetuum pertineat, ob hoc, ut ille et sui heredes fideliter domino serviant, sive servitium illud nominatim, quale esse debeat, sit expressum sive indeterminate sit promissum" (1).

---

(1) Il testo qui riportato è quello della *vulgata*; rispetto alla *lectio antiqua* le diversità sono di pura forma e non toccano la sostanza tecnica della definizione. Cfr. K. LEHMANN, *Das Langobardische Lehnrecht* (*Handschriften, Textenentwicklung, ältester Text und Vulgattext nebst den capitula extraordinaria*), Göttingen, Dieterich, 1896, p. 143 (rist. anast. in *Consuetudines feudorum*, ed. K. LEHMANN, editio altera cur. K. A. Eckhardt, Aalen, Scientia, 1971). È evidente che, nella accezione di Oberto, *feudum* e *beneficium* sono sinonimi (come appare chiaramente anche dal testo della prima epistola obertina al figlio Anselmo: LEHMANN, *Das Langobardische Lehnrecht*, cit., p. 115), e come tali li interpreterà tutta la letteratura posteriore.

Oberto, un personaggio di spicco della vita pubblica milanese a mezzo del secolo dodicesimo (2), è un pratico del diritto, più avvezzo alle valutazioni grezzamente sostanziali imperanti nelle curie feudali che non ai sottili ricami teorici emergenti fra i più culti dei Glossatori. Con la sua definizione egli voleva individuare gli elementi essenziali del rapporto feudale nella sua singolare mescolanza di aspetti squisitamente personali e patrimoniali; per quest'ultimo piano, la situazione sul bene immobile veniva a scindersi, restando nel signore-concedente la proprietà formale e trasferendosi nel vassallo-concessionario l'intiero *uti-frui* (fatti salvi alcuni ben precisati diritti signorili). Tenuto conto che si tratta di un godimento temporalmente illimitato, è verisimile che con *usus-fructus* Oberto volesse semplicemente significare che l'*uti* e il *frui*, cioè l'uso e il godimento del bene, passavano al vassallo e ai suoi eredi, e non che a questi spettasse il romanistico *ius ususfructus*, cioè la servitù personale di usufrutto, che una tradizione mai smentita limitava temporalmente alla vita del concessionario.

Se nelle *Summae* di Jacopo d'Ardizzone (3) e di Jacopo Colombi (4), e nella *Epitome* di Jean Blanc (5) la definizione obertina è ricevuta senza chiose interpretative, già un personaggio come l'Ostiense, non tenero — nel solco del suo mentore Sinibaldo — verso la nuova categoria interpretativa del dominio utile, non esiterà —

---

(2) Oberto dell'Orto è, fra l'altro, uno dei consoli milanesi presenti alla prima dieta di Roncaglia.

(3) "proprietate ... penes dantem remanente, ususfructus eius rei ... transeat ..." (*Summa feudorum*, IACOPO DE ARDIZZONE auctore, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, Venetiis, 1584, T. X, Pars I, fol. 226 recto).

(4) HUGOLINI [in realtà Jacopo COLOMBI] *Summa super usibus feudorum*, cur. J. B. Palmerio, in B.I.M.AE., vol. II, Bononiae, Virano, 1892, I: "est feudum id beneficium quod a benevolentia alicuius ita traditur alicui ut, proprietate eius rei quidem immobilis beneficiarie penes tradentem remanente, ususfructus eius rei ita ad accipientem transeat, ut ...". Lo stesso si può dire per Odofredo (cfr. *Summa* ODOFREDI ... *in usus feudorum* ..., Compluti, 1584, cap. I - Quid sit feudum).

(5) *Epitome feudorum*, IOANNE BLANCHO ... authore (in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars I, fol. 263 recto): "proprietate ... penes dantem remanente, ususfructus eius rei ita ad accipientem transeat ...". L'Epitome blanchiana, assai meno nota delle altre due precedentemente citate, dovrebbe risalire alla metà del Dugento (cfr. E. A. LASPEYRES, *Über die Entstehung und älteste Bearbeitung der Libri Feudorum*, Aalen, Scientia, 1969 (rist. anast. Ausg. Berlin, 1830), pp. 81-82).

dopo ampia discussione — a qualificare come *dominium utile* la situazione del feudatario (6), e, fra Dugento e Trecento, il *monarcha feudistarum* Andrea da Isernia ci dirà che una tal dottrina è già diventata opinione comune: "hoc tenent omnes communiter" (7); conclusione che, alla fine del secolo aureo del commento, è fatta propria da Baldo (8) e che, ai margini estremi della riflessione del diritto comune classico, alla fine del Quattrocento, sempre facendo riferimento al testo obertino, ci ripete un giurista che pur comincia a percepire il nuovo dei tempi, Giason del Maino (9).

Che la situazione del vassallo non sia usufrutto ma dominio utile è verità ripetuta da tutti i classici della letteratura feudistica, dallo Pseudo-Belleperche (10) a Martino Sillimani (11) a Jacopo Belvi-

---

(6) Henrici de Segusio Cardinalis HOSTIENSIS *Summa aurea*, Venetiis, 1574, lib. III, de feudis, n. 1 (dove si riporta la definizione obertina) e n. II (dove si discute "quod ius acquiratur vasallo facta investitura" e dove, dopo una serie di argomentazioni che sembravano direttamente condurre a una soluzione negativa, si conclude che "quicquid tamen superius sit allegatum, satis videtur dici posse quod habeat utile dominium"). Reticente sul problema della natura giuridica della situazione del vassallo è invece la definizione di feudo contenuta nella *Lectura* (cfr. Henrici de Segusio Cardinalis HOSTIENSIS ... *In tertium Decretalium librum commentaria* ... Torino, Bottega d'Erasmo, 1965 (rist. anast. ed. Venetiis, 1581), De feudis, Rubrica, n. 5).

(7) ANDREAE ISERNIENSIS *In usus feudorum commentaria* ..., Neapoli, 1571, de capitolis Corradi, v. Praeterea, Additio, n. 9.

(8) Che la situazione del vassallo incarni un usufrutto "[est] falsum et ab omnibus reprobatur" (BALDI perusini *In usus feudorum commentaria*, Lugduni, 1552, de capitolis Corradi, v. Praeterea, n. 2).

(9) *Praeludia in opus feudorum*, in calce a IASONIS MAYNI ... *In primam Codicis partem commentaria* ..., Venetiis, 1598, n. 7 ("feudum est benivola concessio libera et perpetua rei immobilis vel aequipollentis cum translatione utilis dominii proprietate retenta sub fidelitate et exhibitione servitiorum ... Dixi 'cum traslatione utilis dominii', quia in veritate dominium transit in vasallum seu feudatarium") e n. 18 ("feudum habet in aliquo similitudinem usufructui ... sed cave, quia in dicta diffinitione feudi ususfructus ponitur pro utili dominio, ut ibi dicunt Doctores").

(10) *Tractatus de feudis* PETRI DE BELLA PERTICA, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars II, fol. 2 recto, n. 1.

(11) *Tractatus super usibus feudorum* ... MARTINI DE SILIMANIS, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars I, fol. 3 recto (sui rapporti fra il testo di Martino e quello dello Pseudo-Belleperche, cfr. E. M. MEIJERS, *L'université d'Orléans au XIII^e siècle*, ora in *Etudes d'histoire du droit*, T. III, *Le droit romain au Moyen Age*, P. I, Leyde, Univ. Pers Leiden, 1959, pp. 104-106).

si [12] a Baldo [13] a Jean Raynaud [14] a Jacopo Alvarotti [15] a Jacopino da San Giorgio [16] a Claude de Seyssel [17] a Francesco Corti il giovane [18], sino a pervenire intatta nella pagina di un giurista come Zasius [19] che sta a cavalcioni tra passato e futuro nel suo fertilissimo osservatorio renano dei primi del Cinquecento [20]; e ben spesso con precisazioni che sottolineano come, col termine *ususfructus*, Oberto avesse inteso segnalare un contenuto economico e non già una figura tecnico-giuridica.

Il più esplicito ci sembra Jacopo Belvisi, e mette conto di soppesare le sue parole: dopo aver riferito una prima insoddisfacente definizione di feudo [21], gli se ne contrappone una più complessa e articolata, che è la seguente:

> "Feudum est concessio rei facta cum traditione utilis dominii ad utendum et fruendum cum exhibitione alicuius honesti servitii. Utendum et fruendum: ideo dicit, quia feudatarius habet usum et usumfructum" [22].

---

[12] *Apparatus* ... IACOBI DE BELVISO ... *super consuetudinibus usus feudorum*, in *Commentarii in Authenticum et Consuetudines feudorum*, Bologna, Forni, 1971 (rist. anast. ed. Lugduni, 1511), fol. 80 verso.

[13] BALDI perusini *In usus feudorum commentaria*, cit., Prooemium, n. 23 e anche de capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2 ("Glossa disputatur utrum feudatarius habeat utile dominium et pro firma conclusione tenendum est quod sic").

[14] IOANNIS RAYNAUDI *Comprehensorium feudale*, Lugduni, 1561, in v. Imperialem, nn. 7 e 8.

[15] IACOBI ALVAROTTI ... *Lectura in usus* ..., Francofurti ad Moenum, 1570, Prooemium, n. 18.

[16] *Tractatus feudalis* IACOBINI DE S. GEORGIO, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars I, fol. 188 verso.

[17] CLAUDII SEYSSELLI ... *Speculum feudorum* ..., Basileae, 1566, p. 65 e 68-69.

[18] FRANCISCHINI CURTII junioris ... *Tractatus feudorum*, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars II, quaestio sexta, cap. VII, nn. 1 e 2.

[19] UDALRICI ZASII ... *In usus feudorum epitome*, in U. Z. *Operum tomus tertius* ..., Lugduni, 1550, col. 268, n. 34.

[20] Sulla complessa e ambiforme personalità zasiana, vedi quanto avemmo occasione di annotare, proprio sul tema del dominio utile, in un precedente saggio. Cfr. P. GROSSI, *'Gradus in dominio' - Zasius e la teorica del dominio diviso*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985).

[21] "Feudum est concessio rei pro homagio facta" (IACOBI DE BELVISO *Apparatus*, fol. 80 verso).

[22] IACOPO BELVISI *Apparatus*, loc. ult. cit.

Si noti come il giurista si premura di precisare che l'*uti* e il *frui*, l'*uti-frui*, sono il contenuto economico del dominio utile; il godimento del bene che, in certe situazioni e condizioni, può diventare esso stesso, per propria forza, *una* proprietà sul bene (23). La concessione feudale è nulla più che una concessione *ad utendum et fruendum*, la quale, per il verificarsi di quelle determinate condizioni, ha la vitalità di trasformarsi in *dominium utile*. E Jacopo ribadisce, per fugare l'idea fallace di un riferimento mentale alla servitù personale d'usufrutto che l'equivocità del termine potesse ingenerare: si parla di *ususfructus*, perché il feudatario ha l'interezza del godimento della cosa.

Che *ususfructus* sia qui una nozione giuridicamente innocua, quasi un sinonimo di *commodum*, il feudista lo dimostra poco più avanti, quando, domandandosi che cos'è il *beneficium* e replicando con la tralatizia risposta che esso consiste in una 'benivola actio tribuens gaudium capienti' (24), chiosa in siffatto modo la parola *gaudium*:

> "quod qui accipit feudum percipit usumfructum et commodum, quod est gaudium, quia gaudium est et solatium capere fructum" (25).

Insomma, *ususfructus* vale *gaudium et solatium*, consiste in un *capere fructus*. È soltanto il contenuto economico, come sopra si diceva, del dominio utile. Come afferma lo stesso Jacopo Belvisi e ripetono molti (26), la situazione del feudatario è 'dominium utile ad

---

(23) Su come emerge alla comune coscienza giuridica questa idea profonda del dominio utile e come essa diventi anche una architettura dottrinale, ci permettiamo rinviare il lettore ad alcune nostre recenti riflessioni: P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988).

(24) Tralatizia, perché è già nella lettera di Oberto dell'Orto, che l'aveva presa di sana pianta dal 'De beneficiis' di Seneca (lib. I, cap. 6).

(25) IACOPO BELVISI, *Apparatus*, cit., loc. ult. cit.

(26) [Pseudo] PIERRE DE BELLEPERCHE, *Tractatus de feudis*, cit., fol. 2 recte ("concessio rei facta alicui cum translatione utilis dominii ad habendum et fruendum cum exhibitione alicuius servitii honesti"), con formula che è trascritta da MARTINO SILLIMANI, *Tractatus super usibus feudorum*, cit., fol. 3 recto; JEAN RAYNAUD, *Comprehensorium feudale*, cit., v. Imperialem, n. 7 ("feudum est benivola libera et perpetua concessio rei immobilis vel solo cohaerentis, aut inter immobilia computatae, ad utendum fruendum cum translatione utilis dominii, proprietate retenta, sub fidelitate et exhibitione servitii").

utendum fruendum', è 'commoditas et ususfructus, immo utile dominium' ([27]), dove la costruzione tecnica che emerge a livello del diritto è il dominio utile — costruzione tecnica da cui discendono molteplici conseguenze tecnico-giuridiche — e dove il cosiddetto 'usufrutto' è soltanto il contenitore fattuale di quella figura, la sola che sia giuridicamente rilevante.

2. L'interpretazione della espressione obertina è, dunque, senza mezzi termini, che 'in dicta diffinitione feudi ususfructus ponitur pro utili dominio' ([28]) e che in essa 'ususfructus ... non videtur congruus terminus' ([29]), 'non ponitur proprie' ([30]). Claude de Seyssel, con la disinvoltura che nasce dai quasi tre secoli e mezzo che lo separano da Oberto, liquida il problema in un giudizio spregiativo: 'patet quod ista fuit rustica descriptio, non elegans diffinitio' ([31]); e coglie nel segno almeno con la sottolineatura del carattere non dogmatico della definizione, che intendeva essere lo strumento di comprensione e di semplificazione dell'assetto sostanziale d'una fattispecie complessa come il feudo confezionato da un pratico per un discente e ridotto a un risultato di scissione della *proprietas* dall'*uti-frui*. Se Giason del Maino tenta di attenuare le responsabilità tecniche di Oberto ammettendo che 'feudum habet in aliquo similitudinem usufructui' ([32]) e che trattasi pertanto di errore sì ma scusabile, i più insistono sulla *magna differentia* che intercorre tra la figura del vassallo e dell'usufruttuario ([33]).

Come abbiamo creduto di dimostrare in una ricerca recentis-

([27]) ANDREA D'ISERNIA, *In usus feudorum commentaria*, cit., Ex quibus causis feudum amittatur, v. Huius autem generis, n. 6 ("proprietas rei immobilis ... remaneat apud dominum dantem, sed commoditas et ususfructus, immo utile dominium, sit vasalli et suorum haeredum").

([28]) GIASON DEL MAINO, *Praeludia in opus feudorum*, cit., n. 18.

([29]) CLAUDE DE SEYSSEL, *Speculum feudorum*, cit., p. 37.

([30]) FRANCESCO CORTI IL GIOVANE, *Tractatus feudorum*, cit., q. VI, cap. VII, n. 6.

([31]) CLAUDE DE SEYSSEL, *Speculum feudorum*, cit., pp. 68-69.

([32]) GIASON DEL MAINO, *op. ult. cit.*

([33]) La frase è di FRANCESCO CORTI IL GIOVANE, *Tractatus feudorum*, cit., q. VI, cap. VII, n. 6; "Multum differt istud ius feudi ab usufructu", dice CLAUDE DE SEYSSEL, *Speculum feudorum*, cit., p. 37.

sima (34), vassallo e usufruttuario appartengono a pianeti giuridici — più che diversi — opposti nei loro caratteri essenziali: il primo, come *dominus utilis*, a quello del *dominium*, che è sempre, anche nel caso del dominio utile, quello della appartenenza della *res*, anche se di una dimensione sola della cosa, l'*utilitas*; che è cioè in primo luogo autonomia di poteri reali sulla cosa (35), tanto che egli potrà legittimamente, nel libello propositivo di una lite avente ad oggetto la cosa, 'dicere rem ad se iure dominii pertinere' (36); il secondo, come titolare di un diritto reale limitato, a quello delle servitù — in particolare, delle servitù personali —, che è estraneo alla appartenenza della cosa e che rappresenta il mondo di creature giuridiche non-autonome bisognose della solidità di un *dominium* per compensare la propria *debilitas* (37).

E sarà proprio questa diversità — anzi, per dir meglio, questa opposizione logica — ad esser richiamata dai Dottori per segnalare la pericolosa equivocità del termine *ususfructus* collocato da Oberto nel bel mezzo della sua definizione. Con uno straordinario rigore tecnico e con una altrettanto straordinaria capacità percettiva, Zasius, uomo parimente partecipe di due mondi culturali, pare esprimere meglio di ogni altro, ai primi del Cinquecento, il significato della complessa elaborazione dei secoli precedenti:

> "Vasallus ex feudi concessione utile dominium consequitur ... nec obstat quod in diffinitione feudi dicitur 'ad utendum et fruendum' quasi vasallus usufructuarius sit, quia huiusmodi verba fruendi facultatem iure proprio, non iure servitutis personalis important ... Veritas tamen est vasallum feudo uti et frui tanquam utili dominio posse. Siquidem quando verba utendi et fruendi in principalis dispositionis consequentiam ponuntur, proprietatem significant. Consequenter praedictis inferas quod vasallus ratione utilis dominii rei vendicationem habet, ut a quocumque possessore vendicet" (38).

---

(34) P. GROSSI, *'Dominia' e 'servitutes' - Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989).

(35) È quanto abbiamo cercato di dimostrare in parecchie ricerche precedenti, tutte riassunte ora in GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., cui si rimanda per una adeguata documentazione.

(36) BALDO, *In usus feudorum commentaria*, cit., de capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2.

(37) GROSSI, *'Dominia' e 'servitutes'*, cit., *passim*.

(38) ZASIUS, *In usus feudorum epitome*, cit., col. 268, nn. 34, 35, 36, 37.

Nell'*uti-frui* può consistere l'oggetto di un rapporto di locazione e il contenuto della facoltà concessa dal locatore al conduttore; esso può formare l'oggetto di una costituzione d'usufrutto e il contenuto del potere dell'usufruttuario sul bene; ma, in una civiltà giuridica come quella medievale tutta protesa a valorizzare l'effettività dei dati economici, può significare qualcosa di più, di qualitativamente diverso e superiore: se si tratta di godimento immediato, autonomo, effettivo sulla cosa, questo fatto economico ha una validità così intensa da tramutarsi ed elevarsi in *dominium*. Così è per l'enfiteuta, così per il superficiario, così per il conduttore a lungo termine, così anche per il vassallo. La sua situazione è quella di una *facultas iure proprio*, non di uno *ius servitutis personalis*. Egli è — nel suo ordine — uno dei proprietarii della cosa al pari del signore, del concedente, l'uno *dominus utilis* e l'altro *dominus directus*. E gli spetterà, quale strumento di tutela processuale, la revindica.

I Dottori annoteranno puntigliosamente le numerose *differentiae*, che alla situazione giuridica del vassallo discendono dal suo essere *dominus* e non *usufructuarius*: gli spetta, come or ora si diceva, la *rei vindicatio* e non la semplice azione confessoria prevista per le servitù (e quindi per l'usufrutto) (39); fa suoi i frutti pendenti, mentre l'usufruttuario li acquista unicamente con la percezione (40); può costituire diritti reali limitati sul fondo, potere che è negato all'usufruttuario (41).

3. I Dottori del diritto comune classico — civilisti, canonisti, feudisti che fossero —, in una grande linea continua che va dall'Ostiense all'ancipite Zasius, si muovono, nella loro *interpretatio* della definizione obertina, su un piano di costruzione squisitamente tecnica. Hanno tra le mani, ovunque applicato nell'esperienza quoti-

(39) "[feudatarius] si non habet utile dominium, non haberet reivendicationem sed confessoriam, quae pro servitute usufructus datur, quod falsum et ab omnibus reprobatur" (BALDO, *In usus feudorum commentaria*, cit., de capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2).

(40) "Magna enim est differentia inter vasallum et usufructuarium, quia vasallus habet utile dominium rei infeudatae et per consequens fructuum pendentium, usufructuarius vero perceptorum fructuum tantum habet dominium" (FRANCESCO CORTI IL GIOVANE, *Tractatus feudorum*, cit., q. VI, cap. VII, n. 6).

(41) GROSSI, *'Dominia' e 'servitutes'*, cit., *passim*.

diana, lo strumento di loro conio che è il dominio utile, un *uti-frui* che si fa *dominium*; constatano che la situazione reale del feudatario consiste essa pure in un godimento del bene con caratteri autenticamente dominativi; con deduzione quasi sillogistica, leggono in chiave giuridica come dominio utile il riferimento obertino all'usufrutto inteso quale mero riferimento economico. I Dottori verificano, in altre parole, la definizione nella prassi feudale loro circostante e ne danno una lettura che si situa sul piano della pura conoscenza giuridica.

Andando più oltre, in quel quadrivio complicato che è il Cinquecento, continua senza problemi una simile linea in quei filoni teorico-pratici che si pongono ripetitivi della impostazione tradizionale, ed ha uno scarso interesse esaminarli (42). Ha interesse invece dare uno sguardo a quel mondo di *homines novi*, di cui il nuovo secolo è folto e che costituiscono il tessuto fertile della scienza giuridica cinquecentesca; tessuto in cui il vecchio e il nuovo, con varia misura a seconda dei personaggi, si mescolano ma in cui anche il vecchio assume forme e sostanze rinnovate per il rinnovato occhio metodologico con cui i giuristi neoterici lo guardano. Un vero quadrivio affollato di idee, complesso, nel quale conviene senza esitazioni inoltrarsi; dando un primo posto affatto isolato alla voce di Charles Dumoulin.

Spetta a lui questo ruolo inaugurale forse anche perché la testimonianza, cui si fa riferimento, risale con certezza agli anni che vanno dal 1535 al 1539 (43); ma il punto non è di semplice cronologia. Dumoulin sta veramente tra vecchio e nuovo, tanto che ci si potrebbe — non a torto, anche se ingenuamente — affannare nel domandarsi se egli sia da considerare l'ultimo tra i vecchi o il primo tra i nuovi. A differenza del pur ancipite Zasius, che nel suo apparato agli *Usus* rivela una prevalenza di elementi tradizionali, Dumoulin segnala con vivezza

---

(42) Per un esempio, si veda il testo riassuntivo di un giurista di area germanica, il Rosenthal, che scrive alla fine del Cinquecento: *Tractatus et synopsis totius iuris feudalis* ..., auctore Henrico A. ROSENTALL, Colonia, 1610 (la prima redazione sembra essere del 1588).

(43) È il suo monumentale commento alla *coutume* di Parigi, avviato nel 1535 e compiuto — per quanto riguarda il primo titolo 'de fiefs' — nel 1539 (cfr. J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566) - Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, p. 31).

la propria appartenenza al nuovo emisfero culturale. La faccia tradizionalistica di questo straordinario uomo bifronte sta, come si è mostrato in altra ricerca, nella accettazione incondizionata del dominio utile come categoria interpretativa della realtà giuridica; in Dumoulin, ciò che già intorno a lui comincia a essere seriamente discusso se non demolito ed irriso (44), viene supinamente accolto; forse, è la registrazione — da parte di un personaggio immerso nella pratica — di una realtà quotidiana francese dove il dominio utile la faceva da padrone, ma tant'è: l'invenzione di accursiani e bartolisti circola indisturbata nelle sue pagine.

Il riferimento all'osservatorio particolare del giureconsulto parigino ci introduce però subito nella sua intensissima e caratterizzante dimensione 'moderna'. Innanzi tutto, una puntualizzazione: egli non commenta, come Zasius e come tanti giuristi umanisti dopo di lui, i *Libri feudorum*; anzi, se ne guarda bene. Le cosiddette *consuetudines feudorum* sono ai suoi occhi soltanto "opinio cuiusdam Oberti", un giurista "mere privatus", e pertanto "scriptura privata et nullius auctoritatis" (45), che non solo non hanno alcuna *vis legis* (46) ma neppure la denominazione autorevole di consuetudine (47) e che è arbitrario e fallace ritenere parte del *Corpus iuris* (48) giacché avrebbe lo stesso titolo la *coutume* d'Orléans o qualsiasi altra

---

(44) Cfr. più sotto, a p. 231.

(45) Charles DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, in CAROLI MOLINAEI ... *Opera quae extant omnia*, Parisiis, 1658, T. I, col. 40, n. 100.

(46) "succedit famigerata ista quaestio, et istituto nostro satis necessaria utrum liber ille feudorum habeat vim et authoritatem legis, quod vulgo dicunt, an sit authenticus. Et omissis somniis fere omnium hac in re scribentium, quod liber ille sit decima collatio, quasi ab Imperatore aliquo fuerit approbatus, et novem novellarum Iustiniani collectionibus ad decimam complendam annexus, quod ridiculum et ad placitum confictum puto: in hac sum nova opinione ..." (*loc. ult. cit.*).

(47) "et sic tanquam opinio vel scriptura unius privati, nullius est auctoritatis, nec meretur nuncupari consuetudo, sed opinio et testificatio cuiusdem Oberti de consuetudinibus et legibus imperialibus super feudis" (*loc. ult. cit.*).

(48) "consequitur falsum esse quod vulgo quidam opinantur ... librum feudorum esse de corpore iuris civilis". E ancora: "[Bartolus] vocat dictum librum feudorum decimam collationem, quod non minus est ineptum et ridiculum quam falsum" (*ibidem*, coll. 12-13, n. 24). E ancora: *ibidem*, col. 40, n. 100, il testo eloquentissimo citato alla nota 46, in cui Dumoulin mena vanto della sua *nova opinio*.

coutume francese (49); per quest'ultime militerebbe almeno la circostanza che non si tratta di usi di fatto raccolti da un privato, ma di consuetudini sanzionate dal potere regio e aventi carattere squisitamente normativo. Dumoulin si gloria infatti, da un lato, di avere smontato il castello di carte che conferiva subdolamente efficacia normativa a un uso locale insubrico (50), a una fonte estranea alla tradizione della patria consuetudinaria francese, e, dall'altro, di essere il primo commentatore della *Coutume* di Parigi, fonte — questa sì — espressione autentica dello spirito nazionale, "caput omnium huius Regni Franciae et totius etiam Belgicae Galliae consuetudinum" (51), che aveva avuto nel 1510 la sua definitiva e ufficiale redazione e a cui egli dedica — sia pure a varie riprese — più di venti anni di minutissima riflessione.

È questo un atteggiamento di estremo rilievo: il 'bartolista' Dumoulin non esita a dissacrare una fonte che il trascorrere dei secoli aveva ammantato di autorevolezza, che generazioni di Maestri si erano premurati di chiosare dalla cattedra e che ogni causidico aveva maneggiato con rispetto e profitto nella quotidiana prassi forense; e lo fa con quella violenza verbale che è un tratto distintivo del costume umanistico nei giudizi verso il recente passato. Sotto questo profilo Dumoulin si inserisce perfettamente nella revisione e storicizzazione delle fonti feudali portata avanti da parecchi dei giuristi culti (52). E si lascia volentieri assorbire dall'esame tutto nuovo delle fonti nazionali francesi, ormai degnissime ai suoi occhi 'moderni' di meritare l'attenzione dello scienziato più provveduto.

Il suo macrocosmo di giurista è il Regno di Francia, e il suo *ius commune* è il complesso delle *coutumes* vigenti in quel territorio (53),

---

(49) *Loc. ult. cit.*

(50) "ille textus non sunt ius scriptum sed privata recitatio quarundam consuetudinum localium Insubriae circa feuda" (*ibidem*, col. 1503, n. 16).

(51) *Ibidem*, col. 5, n. 2.

(52) Si leggano le notazioni di D. R. KELLEY, *De origine feudorum: The Beginnings of an historical Problem* (1964), ora in D. R. KELLEY, *History, Law and the Human Sciences - Medieval and Renaissance Perspectives*, London, Variorum Reprints, 1984; nonché ID., *Foundations of Modern Historical Scholarship - Language, Law and History in the French Renaissance*, New York, Columbia Univ. Press, 1970 (soprattutto i capp. VI e VII).

(53) Cfr. P. PETOT, *Le droit commun en France selon les coutumiers*, in *Rev. Hist. de Dr. Fr. et Etr.*, s. IV, XXXVIII (1960); V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto*

come è segnalato dagli idiotismi francesi correnti nella pratica che frastagliano sempre più spesso il suo latino dotto. Dumoulin dimostra, insomma, anche sotto questo profilo, di appartenere a quello che Donald Kelley ha chiamato felicemente "vernacular humanism" (54), volendo sottolineare la profonda attrazione che verso il particolare e il locale subiscono la più gran parte dei giuristi umanisti; una tensione storicistica, che intende esser valorizzazione di quel particolare, sua elevazione a macrocosmo, e che, per lo storico del diritto, significa pertanto rottura con una tradizione che aveva visto il giurista spaziare 'in orbem terrarum' (55).

Costume, linguaggio, pratiche religiose, regole giuridiche particolari, avvertite come manifestazioni di una realtà nazionale, sono sottoposti a un salto di piano: il novello giurista francese, gallicano e nazionalista, in piena sintonia coi progetti politici della Monarchia, si sente ed è personaggio sostanzialmente nuovo, cioè nuovo per carica psicologica e fondazione culturale. Il 'gallicano' Dumoulin, pur con tutto il patrimonio del suo scibile bartolista, si sente a suo agio nel respirare l'aria del proprio tempo, possiede quella nuova carica e quella nuova fondazione.

Si dirà allora: che c'entra Molinaeus col nostro problema? Che c'entra, se elimina dal suo tavolo di lavoro i *Libri feudorum*? Sia chiaro: non li elimina affatto. Quel che gli preme è ridicolizzare e distruggere l'inserimento augusto nel *Corpus iuris* e l'autorità di fonte normativa, ma li avrà costantemente presenti anche se in posizione marcatamente dialettica. La definizione obertina gli è ben nota, ma, devitalizzata di forza giuridica, resta per lui collocata nel grembo di quel lontano, oh quanto lontano, secolo dodicesimo e sottoposta a una riduttiva valutazione storicistica: allora il dominio

---

nazionale in Francia nel secolo XVI, Milano, Giuffrè, 1962, soprattutto p. 61 ss. La voce di Dumoulin è espressa con limpidità in: *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 44, n. 106 ss.

(54) L'affermazione è fatta a proposito di Louis Charondas Le Caron, ma è suscettibile d'essere generalizzata a parecchi filoni dell'umanesimo giuridico francese. Cfr. D. R. KELLEY, *Louis Le Caron philosophe* (1976), ora in KELLEY, *History, Law and Human Sciences*, cit., p. 37.

(55) Vi ha insistito, a ragione, PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, cit., *passim*, e *Il diritto positivo in Francia nell'Epoca del mos gallicus*, in V. PIANO MORTARI, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene, 1978.

utile era situazione tanto intrinsecamente debole che Oberto lo qualificò come usufrutto (56). È una definizione di feudo che non gli piace e a cui preferisce quella del giurista avignonese del primo Quattrocento Jean Raynaud (57), ma con la quale si confronta; come ama sempre confrontarsi dialetticamente con tutto il patrimonio di nozioni e costruzioni dei *Libri*.

Quel che preme notare è che, in primo luogo, anche Dumoulin legge usufrutto ma traduce giuridicamente dominio utile; in secondo luogo, che fa sua una definizione di feudo — quella raynaudiana — che fissa al suo centro, quale carattere naturale della concessione feudale, una *translatio utilis dominii* (58). L'osservatore concreto ed attento della vita sociale francese del Cinquecento, l'uomo immerso fino al collo nella pratica forense, non poteva che arrivare a questa ferma conclusione: intorno a sé era un brulicare di entità feudali dal contenuto ormai spiccatamente patrimoniale, in cui il vecchio concessionario dell'*uti-frui* aveva visto aumentare a tal punto la gamma dei suoi poteri da non essere soltanto un sicuro partecipe dell'appartenenza del bene, ma il sostanziale *propriétaire* a fronte di un *dominus directus* ormai simile al titolare di uno *ius in re aliena* nella ristrettezza dei suoi diritti onorifici e signoriali.

Dumoulin guarda alla prassi in questa sua presente deformazione socio-giuridica dell'istituto feudale e, lungi dal dimostrare la sdegnosa ripugnanza dell'astratto uomo di scienza, ne prende realisticamente atto, contrapponendo con malcelato orgoglio nazionalista il diritto volgare francese e quello aulico della tradizione romanistica:

---

(56) "certum est autem rei beneficiariae in feudum traditae non transire dominium directum in clientem seu vasallum, sed remanere proprietatem penes dominum et solum transferri in clientulum quoddam utile dominium, quod est adeo debile, ut in usibus feudorum reputatur usufructus" (*In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 7, n. 9).

(57) L'abbiamo citata più sopra, alle note 14 e 26. L'adesione di Dumoulin è in: *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 46, n. 114.

(58) Ripetiamo qui per comodità del lettore la definizione di Jean Raynaud: "Feudum est benivola libera et perpetua concessio rei immobilis vel solo cohaerentis, aut inter immobilia computatae, ad utendum fruendum cum translatione utilis dominii, proprietate retenta sub fidelitate et exhibitione servitii" (vedi la citazione più sopra, alla nota 26).

> "Secundum communem nostrum modum loquendi aliter quam in iure scripto accipimus istud verbum proprietas, quia de iure proprietas strictius et dominium latius accipitur ... appellatione enim dominii venit omne dominium, sive directum sive utile sive feudale sive emphyteuticum vel superficiarium et etiam dominium iurium ..., sed proprietas non capitur nisi pro ipso directo dominio ... Sed apud nos est econverso, quia dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli, sed solum dominium suum superius, vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei: et hunc solum proprietarium vocamus ... In tota patria consuetudinaria vassalli et similes domini utiles, domini et proprietarii rerum vocantur" (59).

Nella Francia del Cinquecento il vassallo si è posto ormai come schermo separatore tra il bene e il signore-concedente; sotto il profilo dei poteri è a lui che spetta la immediata *dispositio*, mentre si fa remoto, mediato il rapporto potestativo dell'altro. Dumoulin non si scandalizza e coglie questa esasperazione tipica del costume giuridico francese come un passo innanzi — ma nella continuità — rispetto alla tradizione del diritto comune che non aveva avuto esitazioni nel conclamare il carattere autenticamente dominativo del dominio utile e nel separare concettualmente il pianeta delle servitù da quello dell'appartenenza e quindi dello stesso dominio utile (60). Dietro Baldo egli è lieto di ripetere che "dominium utile non est servitus" (61). Dietro l'opinione comune dei Dottori è fermo nel ritenere creature giuridiche fra di sé incompatibili feudo e usufrutto.

Una fattispecie pratica in cui il nostro giurista si cimenta e si dilunga con una analisi abbondantissima è meritevole di essere qui sottolineata per la sua puntualità: può l'usufruttuario di un feudo compiere atti di carattere strettamente feudale, cioè inerenti alla qualità feudale del soggetto e del bene? La domanda è legittima, perché l'usufruttuario ha nelle sue mani quel fatto rilevante costituito dalla interezza del godimento del bene, ma la risposta è senza

---

(59) Il testo nasce come glossa al termine 'proprietaires' contenuto nella *Coutume* parigina (*In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 1181, nn. 1 e 2). Altro testo interessante, perché insiste su un *uti-frui* che si fa *dominium*, è *ibidem*, col. 187, n. 9, dove si parla del "dominus utilis, quem Gallici vulgo proprietarium vocant".

(60) Abbiamo seguito il filo di questa vicenda concettuale in una recente ricerca: *'Dominia' e 'servitutes' - Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù*, cit.

(61) *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 186, n. 7.

ambage negativa, e trova la propria motivazione nella conclusione che "sunt actus exiguibiles per solos dominos, tam ex parte patroni quam ex parte vasalli, et omnino incompatibiles vel inexiquibiles per simplices usufructuarios sive ex parte patroni sive ex parte vasalli" (62); infatti "qualitas feudalis est realis et perpetua, sed ususfructus est contradictorie oppositus, utpote personalis et temporalis" (63). Rispetto alla cosa, l'usufruttuario, pur con tutta la propria quantità di godimento è un estraneo (64), a differenza del *dominus*, di ogni *dominus*, che vi è inscindibilmente coinvolto. L'usufruttuario non ha mai la capacità di incidere nel territorio a lui interdetto della appartenenza giuridica.

Quindi, inammissibilità di concepire il rapporto feudale come traslazione di usufrutto, e adesione all'opinione comune che vi scorgeva una traslazione di dominio utile (anche se, man mano, questo dominio, dal Trecento in poi, aveva fatto la parte del leone). Ovviamente, come si diceva all'inizio, piena accettazione della dottrina della proprietà divisa e della categoria del dominio utile.

All'inizio si diceva che Dumoulin non discute ciò che il mondo scientifico francese ha invece cominciato a discutere seriamente e aspramente. Sarà qui interessante aggiungere che il Nostro non ignora quelle discussioni, anzi le presuppone, ma ne prescinde; e lo fa per una visione realistica dell'ordine giuridico. Lezione di realismo per tutti coloro che si erano stracciati le vesti — per esempio, Jean Feu — di fronte alla constatazione che di dominio utile o diretto non è traccia nel *Corpus iuris*. Dumoulin lo ammette, ne è consapevolissimo; ammette che la categoria è scientificamente nuova e che è creatura dei maestri di diritto comune, ma non avverte il fatto come un'onta. Anzi, è un merito, e non piccolo, di quella *iurisprudentia*. La quale dette voce e corpo a tracce concettuali potenzialmente già racchiuse, anche se non espresse, nel *Corpus* giustinianeo, offrendo ai giuristi un prezioso strumento sistematorio; uno strumento, che è valido *de per se*, anche senza arrivare a scomodare i presupposti delle azioni diretta ed utile, giacché è la vita giuridica

(62) *Ibidem*, col. 54, n. 13.
(63) *Ibidem*, col. 54, n. 12.
(64) *Ibidem*, col. 54, n. 10 ("res ipsa dicitur respectu fructuarii in totum aliena").

stessa a nutrire in sé precisamente le figure del proprietario utile e del diretto (65).

C'è forse, in questo discorso coraggioso e spregiudicato, anche il tentativo di salvare gli interpreti medievali comprendendo il valore evolutivo della loro *interpretatio* (ciò che l'umanesimo non giungerà mai a fare), la intermediazione che essi avevan voluto compiere fra legge vecchia e fatti socio-economici nuovi; ma v'è sicuramente una valutazione realistica ed effettualistica della *scientia iuris*: il dominio utile, prima che nelle pagine dei Dottori, è istituto della vita d'ogni giorno, è ontologicamente presente, che lo si voglia o non. È molto più saggio prenderne atto e ordinarlo, componendo armonicamente riflessione scientifica ed istanze della prassi, anziché respingerlo in nome di una purezza metodologica assolutamente astratta. Dumoulin, ben piantato nella terra della sua Francia cinquecentesca, a questa sterile operazione non si presta.

4. La situazione del feudatario non consiste in un usufrutto, ma in una sostanziale proprietà, e fa bene il *droit coutumier* a qualificarlo *proprietaire*: è questo l'atteggiamento di Dumoulin, un atteggiamento che abbiam definito realistico.

Ma non tutti i neoterici hanno la spregiudicatezza del gran pratico parigino. Si direbbe, anzi, che il disagio serpeggia: se, da una parte, è insostenibile la sua riduzione a usufrutto, dall'altra, ripugna anche riconoscere il sovvertimento completo delle vecchie sistemazioni romanistiche ammettendo il vassallo alla *proprietas*. Una soluzione mediana, che superi l'assurda interpretazione letterale della definizione obertina e non misconosca la intensa posizione reale del vassallo, sembra a taluno una scappatoia accettabile: così per Le Douaren e per Baron, che fanno riferimento alla figura del *quasi dominium* nei loro commenti ai 'Libri feudorum' (66).

---

(65) Per la posizione di Dumoulin in tema di dominio utile non possiamo che rinviare alla analisi fatta nella ricerca contenuta in questo stesso volume: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco*. Si veda soprattutto il testo citato a p. 273, dove il giurista parigino difende l'invenzione dei Maestri del diritto comune, perché espressiva della vera *mens iuris*, metodologicamente necessaria, valida "etiam de per se" senza far ricorsi a macchinose elucubrazioni sulle azioni dirette e utili.

(66) Anche sul problema della autorevolezza dei *Libri feudorum* Le Douaren,

Assai puntuale Le Douaren:

> "Non enim dicimus dominium transferri in beneficiarium, sed tantum datur ei fundus fruendus, sicut dicitur de emphyteusi. Sed Obertus ostendit in hoc cap. usumfructum in accipientem transire non tantum, sed ad ipsius etiam haeredes: ex quo intelligimus usumfructum hic non esse, qui morte finitur, sed quasi-dominium transferri in beneficiarium intelligitur, ita ut utilis ei actio competat, sicut emphyteutae ... Obertus utitur verbo fruendi, quia aliud non habet, non quod verus sit ususfructus" (67).

Un po' meno puntuale ma parimente fermo nelle scelte Baron:

> "Nec quemquam moveat, quod beneficiarius possessor et fructuarius apud Ortensium dicatur, proprietate eius ad alium relata. Nam insolens non est fructuarios et possessores rerum eos appellare, qui ad haeredes suos eas transmittunt, qui tamen quasi domini sunt, res vendicant et plenissimam earum detentationem habent, non solum usumfructum, qui morte finiri solet" (68).

I due *homines novi* non si distanziano gran che dalla interpretazione che della definizione obertina aveva dato il diritto comune classico; solo che, essendo inaccettabile per essi la categoria 'magistrale' del dominio utile (69), la soluzione sta nel costruire una figura assai prossima al *dominium*, che riesca ad esprimere in modo tecnicamente adeguato la sostanziosità di poteri sulla cosa e la pienezza di azione processuale di cui è titolare nel Cinquecento il feudatario.

In Le Douaren il ripetuto raffronto è con l'enfiteusi, mentre Baron si lascia sfuggir di mano quel riferimento a una 'plenissima detentatio rerum', che, se è assai efficace come immagine generica per descriverci quanto ingombranti fossero sui beni questi concessionari, è assai poco rigoroso come qualificazione tecnico-giuridica.

---

rispetto alla intransigenza di Dumoulin, tiene una posizione mediana: "scio magni ponderis esse in iudiciis, etsi non ausim affirmare an habeat auctoritatem legis. Neque tamen ea res debet nos Gallos a lectione huius libri deterrere, sine quo ne mores quidem patriae recte intelligi poterunt" (FRANÇOIS LE DOUAREN, *Commentarii in Consuetudines feudorum*, cap. I, n. 5, in FRANCISCI DUARENI ... *Opera*, Francofurti, 1592).

(67) LE DOUAREN, *Commentarius in Consuetudines feudorum*, cit., cap. II, Quid sit feudum, n. 2.

(68) EGUINARIUS BARO, *Methodus ad Obertum Ortensium de beneficiis* (in EGUINARII BARONIS *Opera omnia*, Lutetiae, 1562, t. III) lib. IIII, caput VII, fol. 395. Cfr. anche, *ibidem*, lib. I, cap. I, fol. 327.

(69) Cfr. la documentazione offerta in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco* (*infra*, in questo stesso volume).

È certo, comunque, che per essi il vassallo usufruttuario non è. Nella convinzione di ambedue basterebbe a fugarne l'idea, malgrado l'anfibolia delle parole, il richiamo di Oberto a una situazione che non si esaurisce con la morte del concessionario ma è trasmissibile ai suoi eredi. *Usus-fructus*, lungi dal designare nella mente del console milanese la romana servitù personale, è espressione linguistica generica che segnala un generico contenuto economico, senza alcuna pretesa di coincidere con l'istituto omologo — e specifico — proprio del vocabolario tecnico dei giuristi.

A parte la voluta rimozione dello schema del dominio utile, il vecchio Jacopo Belvisi, sopra menzionato, avrebbe potuto sottoscrivere la conclusione dei due Maestri francesi.

5. Fin qui, pur nella naturale diversità di atteggiamenti derivanti dai mutati climi storici e dalle mutate certezze metodologiche, l'interpretazione della definizione obertina si muove in un filo di continuità che lega Belvisi a Le Douaren; una continuità che è avvalorata da uno stesso unico osservatorio dal quale i giuristi sembrano esaminarla, e cioè quello conoscitivo: si misura il suo contenuto alla stregua della realtà storica circostante; anche se spesso non ci si preoccupa di storicizzare il testo obertino, lo si mette sempre in raffronto e in contrappunto con quello che l'istituto feudale ha veramente rappresentato nella effettività sociale e giuridica, con quel 'reale' che è il feudo nella società tardo-medievale e post-medievale.

Una brusca interruzione di questo filo di continuità si ha però con la pubblicazione, nel 1566, del commentario ai *Libri* di Jacques Cujas (70). Cerchiamo di cogliere il pensiero del giurista tolosano, leggendo quelli che ci sembrano i testi più significativi.

La definizione obertina è riportata con fedeltà puntigliosa nel commento dedicato alla lettera per Anselmo:

> "Est igitur feudum beneficium, quod perpenso animo datur, ita ut proprietas rei immobilis penes dantem remaneat, ususfructus in accipientem perpetuo jure transeat sub onere fidei et servitii certi incertive plurimumque militiae" (71).

---

(70) BERRIAT-SAINT-PRIX, *Histoire de Cujas*, in appendice a *Histoire du droit romain suivie de l'histoire de Cujas*, Paris, Fanjat, 1821, p. 468.

(71) *De feudis libri quinque* ... aucti, emendati atque etiam explicati studio et

Se si obietta, a ragione, che per il nostro problema questo testo è troppo ellittico, tanto che il vago riferimento all'*ususfructus* potrebbe essere suscettibile di una pluralità di interpretazioni tutte legittime, ecco lo stesso Cujas pronto a fugare ogni dubbio nella definizione di feudo che, sempre sulla scorta di Oberto ma più liberamente, egli premette a tutto il suo commento, nel preambolo generale:

> "Quid est feudum? Jus praedio alieno in perpetuum utendi fruendi, quod pro beneficio dominus dat ea lege, ut qui accipit sibi fidem et militiae munus aliudve servitium exhibeat. Jus est, non praedium ipsum ... et jus usufructus. Solet usufructus constitui in personam tantum. Sed tamen conveniri potest, ut et in haeredem fructuarii transeat. Verum enim haec pactio a Justiniano coarctatur ad primum haeredem, ne in universum inutilis sit proprietas semper abscedente usufructu ... Quin imo receptum est conveniri posse, ut ad successionem transeat in infinitum, si modo addatur lex fidei, hominii, servitii, ut diximus, quae efficit ne sit inutilis proprietas ... Sic fit ut non sit inutilis proprietas, licet usufructus in perpetuum constituatur, et pleniori quidem jure quam soleat usufructus esse: nam et vasallus fundi ac servitutum vindicationem habet, et fructus suos facit quoquo modo terra separatos, quae non solent fructuario dari" (72).

Si tratta di un testo complesso ma eloquentissimo proprio nella sua complessità. Innanzi tutto, si chiarisce fino in fondo a cosa pensi Cujas quando trascrive da Oberto il termine *ususfructus*. Egli non pensa a qualcosa di vago, bensì a qualcosa di tecnicamente assai preciso, e cioè alla servitù personale di usufrutto; tant'è vero che egli si dà da fare per risolvere il problema d'una armonizzazione del romanistico usufrutto, che normalmente ha termine con la morte dell'usufruttuario, con l'istituto feudale, che normalmente, quando è feudo proprio, è invece trasmissibile agli eredi anche in perpetuo.

La soluzione sta nel prendere atto che la *ratio* del vecchio principio romano poggiava sulla esigenza di non rendere *inutilis* la proprietà per un periodo troppo prolungato e che il principio è superato dalla particolare struttura del contratto feudale. Questo, prevedendo da parte del vassallo la continuativa prestazione della fedeltà, dell'omaggio e del servizio militare, rende ingiustificata l'estensione del principio, giacché nel rapporto feudale — anche

---

diligentia Jacobi CUJACII, in *Opera*, T. II, Neapoli, 1722, lib. III, tit. I, De beneficio quid sit et quibus modis amittatur, col. 1264.

(72) *De feudis*, cit., lib. I, princ., col. 1181.

perpetuo — la proprietà del signore, pur senza contenuto economico per il distacco dell'*uti-frui*, non è mai ridotta a un vuoto simulacro per la sussistenza di prestazioni extra-patrimoniali.

La conclusione è pertanto che la perpetuità, nel caso del feudo, non osta a qualificarlo correttamente come usufrutto.

Fin qui, tutto è all'insegna della coerenza e della ragionevolezza delle soluzioni tecniche; ma il feudo è realtà assai ingombrante per chi la guardi con un occhiale squisitamente romanistico: il vassallo ha infatti una gamma troppo vasta di poteri, che lo distaccano assai dalla figura tradizionale dell'usufruttuario, il quale — anche per il tolosano — è la fragile struttura disegnata dai classici e da Giustiniano e ripresa dipoi per tutto il corso del diritto comune. E Cujas ricorda qui il potere di rivendicare lo stesso fondo e di far proprii i frutti già con la separazione, ma si deve aggiungere anche quello rilevantissimo di costituire sul fondo diritti reali limitati, di cui il Nostro fa altrove (73) menzione.

Qui il discorso del giurista si spenge senza nemmeno un tentativo di giustificazione tecnica; ci si arresta semplicemente di fronte alla singolarità di questo strano e poco comprensibile usufrutto. Tuttavia — e questo è il punto che preme sottolineare — la qualificazione giuridica resta ferma, né si affaccia il dubbio sulla validità della qualificazione stessa. Cujas rimane pervicacemente attaccato alla ipotesi dell'usufrutto in senso stretto e a una interpretazione letterale della definizione obertina.

Non si può non domandarsene le ragioni, soprattutto quando si constata che quella pervicacia costituisce per il giurista un grosso costo sul piano della coerenza intima del suo discorso. Cujas non può negare una prassi, avvalorata da dottrina e giurisprudenza, in cui il feudatario, particolarmente in Francia dal Trecento al Cinquecento, si contrassegna per una notevole intensità di poteri sul bene concesso; pone addosso a questo personaggio la veste giuridica di usufruttuario, accorgendosi subito che gli è troppo stretta; sente l'esigenza di giustificare quel rivestimento, ma la giustificazione — come si è visto — resta a mezz'aria, monca, incompiuta, giacché non

(73) Cfr. *De feudis*, cit., lib. II, tit. IX, *De jure quod in feudo vasallus habet*, col. 1243.

si giustifica un bel nulla quando si ammette soltanto che si tratta di un usufruttuario che non ha i poteri consueti dell'usufruttuario.

Altri testi del commento cujaciano ai *Libri* possono consentirci di meglio capire i motivi profondi di un simile atteggiamento. L'accenno ad una costituzione dell'Imperatore Lotario in tema di *precariae* sollecita Cujas ad aprire un discorso su questa figura escogitata dalla pratica notarile dell'alto medioevo come forma unitaria di contratti agrari dal contenuto sostanziale però assai svariato (74); un discorso che volutamente il giurista estende al livello, all'enfiteusi, al feudo:

> "Precaria est cessio ususfructus rei immobilis; idem possis dicere feudum esse, idem emphyteusim, idem libellariam: nam proprietatem retinet qui dat; aut igitur nihil aut usumfructum dat et cedit. Utile dominium nullum est, ut recte sensit vulgaris interpres quisquis est, sive Pileus sive Conradus (nam hi duo sunt vetustiores horum librorum interpretes) ad tit. de alienatione feudi paterni, lib. 4. Contractuum leges sive pactiones ex quibus dicuntur contractus capere formam ita sunt dispares nonnunquam, ut novas appellationes excogitare sit necesse: exemplo sit pignus, aliud est pignus, aliud hypotheca, aliud fiducia, aliud ἀντίχρησις, et omnia tamen pignora. Sic aliud feudum, aliud emphyteusis, aliud libellaria, aliud precaria, aliud ususfructus, et omnia tamen ususfructus, quoniam qui dat retinet proprietatem. Adjiciamus ergo legem precariae propriam: Precaria est cessio ususfructus rei immobilis, quae fit clerico ad tempus vel dum vixerit ea lege ut Ecclesiae ministerium exhibeat ... Quid distet precaria a feudo et libellaria si quis quaerat, consulat definitiones: nam et feudi et libellariae definitionem tradidi supra. Qui ab emphyteusi, collata etiam emphyteuseos definitio cum definitione precariae, statim indicabit: emphyteusis est contractus, quo dominus praedii sui usumfructum in alium transfert ea lege, ut id melius et cultius reddat constituta pensione certa. Feudo additur lex fidei et servitii, emphyteusi lex meliorationis. In aliis nulla est lex talis" (75).

Il testo prosegue enumerando una sfilza di peculiarità proprie a ciascun contratto, ma conviene fermarsi qui, perché, nel prosieguo, non aggiunge alcunché di rilevante per quanto ci interessa. Soffermiamoci invece sulla indicativa sistemazione che vi viene operata.

Se non andiamo errati, Cujas intende costruire — al di sopra delle

---

(74) Che, tuttavia, già nella elaborazione del diritto comune classico, aveva perduto (insieme al livello) i suoi caratteri originari e originali, per diventare quasi un doppione dell'enfiteusi (cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968, p. 212 ss.).

(75) *De feudis*, cit., lib. I, tit. V, Qualiter heres investitoris teneatur, col. 1208.

diversità apportate dalle singole *leges contractus* — una categoria unitaria: quella dei contratti grazie a cui il *dominus* mantiene la *proprietas* e trasferisce il solo usufrutto, una categoria la cui piattaforma comune consiste essenzialmente nell'essere tutti una *cessio ususfructus*; il resto viene dopo. La causa miglioratizia nell'enfiteusi, il sinallagma protezione/fedeltà nel feudo, e così via, si inseriscono su una base che tutti li accomuna e che abbiamo or ora precisato.

A questo punto, non è peregrino domandarsi che senso abbia tutta questa operazione che riunisce insieme un fascio di strutture contrattuali causalmente tanto diversificate. Le cose ci saranno più chiare se si tiene presente che, nell'apogeo del commento, i Dottori di diritto comune avevano già essi dato vita a un'altra categoria, quella dei contratti traslativi del dominio utile e non del diretto. Come puntualizza un celebre e ben conosciuto testo di Baldo, sono sei, e sono precisamente l'enfiteusi, il feudo, la precaria, il livello, la locazione a lungo tempo e il contratto superficiario (76). È facile constatazione che i primi quattro coincidono con i contratti di cui discorre Cujas (77).

Lo scopo del tolosano sembra pertanto essere quello di opporre una nuova categoria alla vecchia costruita dai Commentatori, una nuova categoria che elimini la ripugnante figura del dominio utile. Egli infatti insiste su questo schema tecnico: la proprietà ben salda nelle mani del concedente, il quale "aut nihil aut usumfructum dat et cedit", dove è palese il tentativo di salvaguardare il primo e di umiliare per quanto possibile il concessionario, di ridurlo a un personaggio giuridicamente ben più fragile dell'ingombrante *dominus utilis*. Il dominio utile non esiste, è il frutto di errori esegetici e

---

(76) "sex dicunt esse contractus ex quibus transfertur dominium utile et non directum, sicut contractus superficiarius, contractus locationis ad longum tempus, contractus emphyteuticus, contractus qui dicitur precaria in genere foeminino, contractus livellarius et contractus feudalis" (BALDI UBALDI perusini ... *In quartum et quintum Codicis libros*, Venetiis, 1577, in titulum de jure emphyteutico, n. 1 ss.).

(77) Il contratto superficiario appare meno rilevante agli occhi di Cujas, perché ciò che soprattutto lo preoccupa è l'analisi dei contratti di concessione fondiaria. Anche la locazione a lungo tempo è concessione fondiaria, ma, in quanto locazione, è per sua natura trasferimento di una certa quantità di *uti-frui* nel conduttore; in quanto locazione, è per sua natura cessione della mera detenzione nel conduttore ed è facile dimostrare che la *locatio ad longum tempus* con efficacia reale è una 'aberrazione' di Accursiani e Bartolisti. Più arduo è invece il discorso sul contratto feudale ed enfiteutico, sul livello e sulla precaria, strutture abbastanza atipiche in grazia della loro origine squisitamente consuetudinaria.

di cattive diagnosi tecniche in tema di *actiones utiles*; esiste soltanto un usufrutto che si è distaccato dalla pienezza del *dominium*. Dirà ad alta voce Cujas nel preambolo generale al suo commento:

> "Vasalli praedia feudalia ususfructus tantum jure perpetui vel temporarii, proprietas est dominorum a quibus praedia acceperunt beneficii jure: usumfructum dicimus cum Oberto lib. 3 quod interpretes utile dominium vocant, propterea quod vasallus rei in feudum datae utilem non directam vindicationem habet ... quae tamen ratio utile dominium non inducit, et verior est Conradi sententia lib. 4. tit. de alie. pat. feudi nullum esse dominium utile" (78).

'Usumfructum dicimus cum Oberto quod interpretes utile dominium vocant'. Il fulcro di tutto il discorso cujaciano è qui: una battaglia frontale contro il dominio utile e i suoi sostenitori; è per questa battaglia che si riesumano le forti perplessità dell'antico glossatore al titolo 'de alienatione paterni feudi' dei *Libri* sulla legittimità del dominio utile (79) e ci si appiglia con tanta fedeltà alla lettera del testo obertino; che si rivisitano come *cessiones ususfructus* contratti agrari che avevano da secoli, nella comune coscienza, frantumato il dominio, come l'enfiteusi; che si disegnano come usufruttuari dei concessionarii che si prestavano malissimo a una siffatta configurazione, primo fra tutti l'enfiteuta che l'obbligo di miglioramento del fondo separava per essenziali diversità di linee dall'immagine del percettore d'un *uti-frui*.Ci sia consentito di allegare un ultimo testo del commentario cujaciano, che sembra convalidare pienamente la nostra interpretazione:

> "Docet [il titolo IX del libro II - De jure quod in feudo vasallus habet] vasallum praedii in feudum dati utilem habere vindicationem et si possideat exceptionem tanquam rei quae in bonis suis sit ... et non tantum praedii sed etiam servitutis. Plus igitur habet quam fructuarius: nam fructuarius neque fundi neque servitutis vindicationem habet ... Idem quod superficiarius, emphyteuticarius, creditor hypothecarius: hi enim omnes fundi et servitutis fundo debitae vindicationem habent: nec tamen ideo utiles dominos dixeris recte: certe non creditorem, ergo nec ceteros. Sed an possunt servitutem imponere? Superficiarium constat posse. Ergo et emphyteuticarium et creditorem et feudatarium. Sed finietur commisso feudo ... nec domino libertatem asserenti ulla obstabit praescriptio temporis, ne factum vasalli domino

(78) *De feudis*, cit., lib. I, princ., col. 1179.

(79) Nella Glossa, alla rubrica del titolo 'de alienatione paterni feudi' del libro secondo, si afferma infatti che "nec forte tutum est dicere quod utile dominium in vasallum transferatur".

> noceat ... Deteriorem feudi conditionem vasallus sine domini voluntate facere non potest ... quia proprietas ad eum non pertinet, nec enim nudum dominii nomen retinet is qui feudum concedit, sed etiam dominium, id est proprietatem. Est igitur dominus cum re, non sine re; non potest autem invito domino dominii causa deterior fieri" (80).

Il vassallo 'plus igitur habet quam fructuarius'. Il martello del giurista batte e ribatte sempre sullo stesso chiodo, perché è lì la debolezza di tutto il suo discorso, perché è lì il nodo non sciolto che macchia di incoerenza tutta l'argomentazione. Il testo, come tutti i testi che nascondono un malcelato tormento costruttivo, ha un andamento dialettico; l'autore si interroga, si pone esso stesso obbiezioni, tenta qualche risposta. L'intelligenza lucida di Cujas non può condurlo a fargli negare l'evidenza, quando tutti i *mores Galliae* (cui accenna in una parte, che abbiamo risparmiato al lettore) la conclamano: l'ingombro giuridico costituito sul bene dal vassallo è cospicuo; il costume ha compiuto a suo favore una incruenta espropriazione del concedente. Una tale premessa non è smentita, solo che ci si rifiuta di trarne la deduzione logica. Anzi, è ferma anche in questo testo la assolutamente apodittica conclusione: 'nec tamen ideo utiles dominos dixeris recte'.

Vassallo, enfiteuta, superficiario, creditore ipotecario possono costituire servitù sul fondo; si ammette questa regola tecnica e si sa perfettamente che si ammette in tal modo un potere riservato al *dominus* (a un *dominus*), tuttavia si rimuove mentalmente questa idea ripugnante e ci si limita a constatare con soddisfazione, ma senza aver vinto la latente inespressa obbiezione, che quelle servitù avranno termine *commisso feudo.* Insomma, il testo riproduce le contorsioni, cui Cujas ci ha abituato sul delicato tema dei poteri del feudatario e conferma il disagio di un interprete che si vede condannato all'incoerenza dal sostegno — evidentemente ritenuto irrinunciabile — alla sua assurda ipotesi di fondo.

Il peggio deve ancora venire, e questo peggio ci è offerto dalla parte finale, dove si vuol fissare con precisione i confini giuridici della figura del signore: come il vassallo non ha la *proprietas*, così il signore non ha un *nudum dominii nomen*; la sua situazione è 'dominium, id est proprietas', 'dominium rei'. Si ha qui il perfetto

---

(80) *De feudis*, cit., lib. II, tit. IX, De jure quod in feudo vasallus habet, col. 1243.

contrapposto di quanto aveva insegnato Dumoulin: là un signore, che era divenuto il semplice proprietario del suo diritto di superiorità, ma giuridicamente distaccato dalla cosa con la quale mantiene un rapporto indiretto e mediato, cioè mediato dall'ingombrante vassallo divenuto *proprietaire*; qua esattamente il contrario.

Ma Dumoulin è il fedele trascrittore dell'esperienza giuridica francese consolidata nelle *coutumes*, è l'interprete di un divenire storico che, quando lui vive, si è già compiuto e che ha completamente capovolto il rapporto *senior/vassus*. Allorché, nel 1790, il regime signoriale sarà abbattuto dalla Assemblea Costituente, il ritrovamento della unicità del dominio si avrà riconoscendo nel vassallo/proprietario utile la pienezza della proprietà perché questo era il senso di almeno quattro secoli di storia giuridica francese, quella storia che, ai tempi di Cujas, era già perfettamente consolidata e si poteva già leggere nelle cose nella sua irrevocabilità. Se Dumoulin legge nelle cose e trascrive fedelmente nelle sue pagine, Cujas — al contrario — vi si rifiuta e continua a predicare che la situazione giuridica del vassallo è quella dell'usufruttuario.

Crediamo che si possa tirar le fila d'un discorso che sta diventando troppo lungo. La recezione letterale presso Cujas della definizione obertina di feudo ha un valore non conoscitivo, ma scopertamente ideologico: la costruzione tecnica offerta dal tolosano non è la sua verità — com'è per il discorso franco di Dumoulin —, bensì la sua pseudo-verità; si tratta cioè di una architettura gabellata come diagnosi oggettiva, ma che è invece lo strumento partigiano per raggiungere un risultato ulteriore. La definizione cujaciana è il momento rilevantissimo di una guerra e di una strategia: quelle contro il dominio utile.

Il dominio utile è una struttura che urta sotto più d'un profilo la sensibilità di Cujas: esegeticamente è senza dubbio una falsazione o almeno una forzatura, è pertanto snaturamento e violazione del messaggio dei classici; è il frutto più tipico della politica del diritto degli odiati Accursiani e si identifica col loro timbro di voce; è la smentita di quella linea di tendenza — di cui, sulla scorta del riscoperto patrimonio classico, lo stesso Cujas è portatore — verso il ritrovamento di una proprietà unica e semplice, unica e semplice come il soggetto al quale ormai si esempla.

Da qui l'interpretazione di Cujas, che è essa stessa una battaglia;

è infatti non una interpretazione della realtà, ma contro la realtà. Ludica, forse, nel senso huizinghiano del termine, svincolata com'è dagli imbarazzanti *mores Galliae* che parlano tutt'altro linguaggio; meglio ancora, ideologica, perché si fa passare per lettura obbiettiva la guerra personale e particolare dello scrittore contro la realtà. La figura dell'usufruttuario serviva egregiamente ai suoi fini: certamente titolare d'un diritto reale ma proprietario soltanto del suo diritto d'usufrutto ([81]), non dava nessun ingombro giuridico al concedente per quanto atteneva alla cosa corporale, al fondo. È chiaro, infatti, che il nostro giurista, quando parla di usufrutto, pensa soltanto alla servitù personale, all'usufrutto formale, secondo un linguaggio ancora frequente nel Cinquecento, e questo è dimostrato dalle ripetute insistenze sulla sua limitatezza alla vita dell'investito.

Anche se macchinosa, forzosa e di dubbio successo tecnico, è questa l'operazione del Nostro: rimuovere i *dominia utilia* e trasformarli giuridicamente in usufrutti. Enfiteuti, superficiarii, livellarii, precaristi, feudatarii disegnati nella fragilissima trama giuridica dell'usufruttuario.

Il male era che questa teorica non aveva riscontro nella realtà, che la realtà si era evoluta in altra direzione, e lo segnalavano con marcata evidenza quei maggior poteri che Cujas era costretto a constatare, che smentivano fastidiosamente le sue costruzioni, ma che pur c'erano. La teoria rischiava di restare una avventura intellettuale senza agganci col reale, una esercitazione libresca.

6. Tra gli *homines novi* che seguiranno continuerà la varietà di scelte e di soluzioni, con la piena dimostrazione che quell'universo culturale, cui si fa riferimento parlando di neoterici, è tutt'altro che unitario, anzi parecchio composito.

La riduzione del feudo a un *dominium utile* reperisce adepti

---

([81]) Per chi volesse documentarsi adeguatamente sulla concezione cujaciana dell'usufrutto, ecco alcuni testi significativi: *Ad Africanum tractatus*, in *Opera*, cit., T. I, ad l. Qui usumfructum, 36, de usufr., col. 1329 ss. ma soprattutto col. 1332; *Recitationes solemnes ad tit. II. Lib. XLI, Digest. De adquirenda vel amittenda possessione*, in *Opera*, cit., T. VIII, ad lib. XII, Naturaliter videtur, col. 271; *In librum V. Codicis recitationes solemnes*, in *Opera*, cit., T. IX, ad titulum X, Si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit, col. 476.

convintissimi in Germania, dove — del resto — la teorica del dominio diviso continuava assai bene ad allignare (82). Schneidewin si rifà espressamente alla interpretazione dei Dottori persuaso che la relazione *superior/inferior* tipica del rapporto feudale trovava la sua traduzione più congeniale sul piano patrimoniale nella articolazione dominio diretto/dominio utile, quando quest'ultimo 'directo subalternatur' (83); e Wesenbeck opta per la configurazione del dominio utile quale diretta e legittima conseguenza della gamma di poteri in mano al feudatario, poteri impensabili per il ben più fragile usufruttuario (84).

In Francia, la terra dove Dumoulin aveva consolidato dottrinalmente i risultati della prassi e della legislazione *coutumières*, Charondas Le Caron non può non ammettere "que par le droict françois le fief est mal defini par le terme usufruict" (85) e che, al contrario, il vassallo "est vray seigneur et tel se peut dire et non usufruictier, ains proprietaire" (86). È invece soltanto titolare di un *dominium*

---

(82) Cfr., in questo stesso volume, quanto abbiamo avuto occasione di precisare in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco*, p. 268.

(83) IOANNIS SCHNEIDEVVINI *Epitome in usus feudorum*, Hanoviae, 1595, p. 21 ("quod feudum sit benevola et libera rei immobilis vel aequipollentis concessio cum utilis dominii translatione, retenta proprietate, sub fidelitate et exhibitione servitiorum honestorum") e p. 22 ("utile dominium transeat in recipientem vasallum scilicet accipiendo secundum Doctores ibi usumfructum pro utili dominio, quod scilicet dominio directo subalternatur et ita recognoscit superiorem dominum"). Schneidewin aggiunge: "et de dominio quotuplex sit, videte ordinariam doctrinam Bartoli" (*ibidem*), dimostrando lo straordinario peso della tradizione nella sua cultura di uomo di transizione con grossi legami con la pratica giuridica.

(84) MATTHAEI VUESEMBECII *Tractatus de feudis* (1584) ..., Wittebergae, 1616, caput I, n. 5 (dove si definisce il feudo una 'concessio utilis dominii') e caput IX, n. 4 (dove si enumerano i rilevanti poteri processuali e sostanziali del vassallo e dove si conclude: "est enim possessor et utilis dominus"). Matthäus Wesenbeck, fiammingo di nascita, è qui inserito nell'area culturale tedesca per avere lungamente insegnato in Germania.

(85) LOYS CHARONDAS LE CARON, *Memorables observations du droit françois rapporté au civil et canonic illustrées des Arrests des Cours souveraines de France...*, Paris, 1614 v. Fief p. 435.

(86) LOYS CHARONDAS LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droict françois* (1587), l. II, Paris, 1607, chap. XIX, p. 188. I vassalli sono qualificati "seigneurs utiles proprietaires" da Guy COQUILLE, *Institution au droit des françois*, in *Les oeuvres* de maistre Guy COQUILLE ..., t. II, Paris, 1665, des fiefs, p. 32.

utile quale specie del genere *dominium finitum* (87) nella interpretazione più romanistica di François Hotman (88), il quale, utilizzando lo strumento logico-sistematico delle *differentiae* e delle *similitudines* fra istituti comparativamente esaminati, ne trae la ferma conclusione che feudo e usufrutto sono due schemi tecnici essenzialmente e non marginalmente diversificati (89).

Il gusto della *differentia* è diffuso tra gli umanisti proprio per la sua validità rigorosamente definitoria e quindi per la sua capacità di permettere il disegno di architetture nitide, logicamente fondate (90). Se in Germania il coltissimo Konrad Rittershausen ripete, ai primissimi del Seicento, nelle sue *Partitiones iuris feudalis*, la teorica del quasi-dominio insegnando che il vassallo "habet ... quasi dominium quoddam" (91), lo può fare dopo aver dimostrato *per tabulas*, analiticamente, le molte e sostanziali diversità fra le due strutture giuridiche (92); pieno di perplessità e di ripugnanze per la categoria del dominio utile (93), preferisce ripiegare su una qualificazione

---

(87) Su questa costruzione di Hotman di una divisione del *dominium* in due generi, *finitum* e *infinitum*, e della ricomprensione nel primo del dominio utile, si rinvia a quanto abbiamo osservato in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco*, cit.

(88) FRANC. HOTMANI *Disputatio de feudis* (1573), in *Operum tomus secundus*, pars altera, Lugduni, 1599, cap. XXX, de reali feudorum iure.

(89) HOTMAN, *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXXI, Quibus rebus feudum et ususfructus inter se vel conveniant vel dissideant, dove sono segnate puntigliosamente le analogie e le differenze; tra le differenze, tra le molte elencate, tre soprattutto valgono a fare del feudo e dell'usufrutto due schemi tecnici sostanzialmente diversi: "ususfructus nullum plane dominii genus, quantum ad substantiam attinet, in fructuarium transfert ... feudum vero utile praedii dominium transfert ...; ... ususfructus necessario temporalis est, ne proprietas mortua et inutilis maneat ... feudum autem vassallus perpetuo iure sibi suisque posteris possidet; ... fructuarius proprietatis nomine legare non potest, quia neque dominus est, et si conveniatur, laudare dominum cogitur, feudatarius praedii feudalis nomine solus et agere et conveniri potest".

(90) Si veda V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI* (1957), ora in V. PIANO MORTARI, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene, 1978, soprattutto p. 147 ss.

(91) CONRADI RITTERSHUSII ... *Partitiones iuris feudalis* ..., Hanoviae, 1603, p. 314.

(92) Cfr. *ibidem*, pp. 82-83 l'esame analitico e dettagliatissimo delle *differentiae*.

(93) Anche su questo punto si rinvia a quanto da noi già osservato in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco*, cit.

ambigua ma tale da esprimere bene la preponderanza economica e giuridica del concessionario.

Continua anche la tesi 'obertina' del feudo come usufrutto: un usufrutto singolarissimo e improprio, sia per quella prestazione di fedeltà che inquina e stravolge il puro rapporto patrimoniale (94), sia perché si tratta di uno 'ius utendi fruendi in perpetuum' che il carattere della perpetuità separa con un solco profondo dal normale usufrutto (95).

Van Giffen, che ha studiato a lungo filologia e diritto nelle Università francesi e che riconosce Cujas tra i suoi maestri, difende formalmente la tesi dell'usufrutto, ma, conscio delle molte obbiezioni che una simile soluzione tecnica provoca (96), è costretto a creare accanto alla normale servitù personale — che è *servitus simplex atque particularis* e che, come tale, "est accessorium quoddam praediorum et sequitur causam vel naturam principalis" — una "quaedam servitus universalis", affatto "singularis" perché "pinguiorem, pleniorem, crassiorem et propemodum propriam naturam servitutis habet" (97), dove la ripetuta, insistente aggettivazione, proprio nel suo carattere iperbolico, dimostra la cattiva coscienza del giurista nel fissare una definizione formale e nello smentirla nei contenuti (98).

---

(94) "Feudum, a fide dictum, est ususfructus quidam rei immobilis sub conditione fidei" (Hermanni VULTEJI ... *Exegesis summa juris quod est de feudis* ..., Marpurgi, 1595, p. 7.

(95) "Feudum est concessio beneficiaria, per quam ius utendi fruendi in perpetuum re immobili transfertur in accipientem, proprietate apud dantem remanente, sub fidelitate et exhibitione servitiorum honestorum ... Ius utendi fruendi in perpetuum: in hoc differt feudum ab usufructu, quod ususfructus, quatenus est servitus personalis, ultra personam fructuarii non extenditur, feudum autem est ius utendi fruendi, quod ad vasallum et heredes eius in perpetuum pertinet" (*Methodus feudorum*, auctore EVERARDO BRONCHORST, Lugduni Batavorum, 1613, p. 9).

(96) Si veda il significativo testo in HUBERTI GIPHANII *Antinomiae iuris feudalis* ... Francofurti, 1606, p. 9 (per la definizione del feudo come usufrutto, un usufrutto tuttavia perpetuo, per il quale carattere "differt feudum a fructu et usu simplici, qui morte fructuarii finitur") e p. 11 s. (ma soprattutto p. 13 con la quarta obbiezione) per le varie obbiezioni che il giurista stesso si pone.

(97) *Ibidem*, p. 13, nn. 45-48.

(98) Forse un ripensamento, dopo tante tormentate riflessioni, può cogliersi nella prefazione che Van Giffen scrive, un anno prima della morte, nel 1603, per le da noi già citate *Partitiones iuris feudalis* di Konrad Rittershausen e dove confessa: "agis de iure in

C'è poi, tra gli allievi di Cujas, chi invece difende a spada tratta e consapevolmente la tesi del maestro, partendo ovviamente dalle sue stesse premesse; è il tedesco Johann Borcholten:

> " vasallus igitur proprietarius non est, sed usufructuarius, non habet dominium rei infeudatae, sed duntaxat usumfructum. Et quamvis interpretes communiter contra Obertum insurgunt ac volunt vasallum non usumfructum habere, sed utile dominium ..., tamen verior est sententia Oberti vasallum usufructuarium esse" (99).

La degnità prima, che sta a fondamento e giustificazione è, sulla scorta del tolosano, l'inesistenza del dominio utile: "nec enim est dominium aliquod, quod utile dicatur" (100). Questa creatura artificiosa, ignota alla *lex* e allo *ius*, esiste soltanto nella fantasia degli interpreti, che hanno voluto con questa loro invenzione conciliare i testi dei *Libri feudorum* qualificanti *dominus* il feudatario col principio romano che non si possono correttamente ipotizzare due dominii solidali sulla stessa cosa. La fantasia degli interpreti ha creato dal nulla due dominii, il diretto e l'utile, di diversa qualità, ma la teorica è e resta fantasiosa, "magno errore introducta", come ha dimostrato inconfutabilmente Cujas (101).

---

rem, quod feudum vocant, non absimile emphyteusi; certe et similius quam iuri usufructus, si nostram aetatem spectes, qua feuda non cum personis, ut usufructus, extinguuntur, sed etiam ad heredes vel agnatos pertinent" (*Praefatio*, circa finem).

(99) *Commentaria in consuetudines feudorum* ..., auctore JOHANNE BORCHOLTEN, Helmstadii, 1591, cap. I, n. 13.

(100) *Ibidem*, n. 14.

(101) *Ibidem*, n. 15: "cum Titius praedium suum Sempronio concedit ea lege, ut Sempronius fidem sibi praestet et servitia exhibeat, Titius dominium praedii retinet et Sempronius duntaxat usumfructum consequitur et proprio nomine feudatarius appellatus et competit Titio actio directa, Sempronio utilis. Dicitur tamen Sempronius feudatarius quandoque dominus sed abusive et improprie, quia vero unius eiusdemque rei duo in solidum domini esse non possunt ... Ob id interpretes duplex dominium constituerunt ... sed quia sine lege nihil loqui debemus, cum nusquam inveniatur cautum in iure, cum id non inveniatur a iure concessum, cum id non sit expressum in iure ... et qui sine lege loquuntur, nimis alte volant sine pennis et ideo non mirum si veluti Icarus cadent ... nos cum Oberto de Orto dicemus vasallum in feudo usumfructum habere". È istruttiva anche la lettera dedicatoria che Borcholten prepone ai *Commentaria*, colma qual'è di disprezzo dichiarato per i *Libri feudorum* e per il diritto feudale, di cui il culto giurista si occupa soltanto per il grosso rilievo pratico.

LA CATEGORIA DEL DOMINIO UTILE E GLI *HOMINES NOVI* DEL QUADRIVIO CINQUECENTESCO

1. Sulla storia del dominio utile nel Cinquecento. — 2. 'Nullum est dominium directum, nullum utile'. — 3. *Dominium utile, quasi dominium, ius dominio proximum.* — 4. Il dominio utile come espressione della prassi giuridica. — 5. L'accettazione del dominio utile. — 6. La giustificazione del dominio utile.

1. Il dominio utile è creatura tutta 'magistrale', è cioè uno dei frutti più tipici e rilevanti del lavorio creativo dei maestri del diritto comune classico e la testimonianza di una capacità di invenzione teoretica sensibile alla prassi quotidiana e protesa a ordinarla. Quei maestri — come parecchie volte ci è capitato di sottolineare —, al di là della artefatta fondazione romanistica che dalla *rei vindicatio utilis* risaliva forzosamente a una situazione sostanziale squisitamente dominativa, volevano con quella loro creatura dar cittadinanza nel territorio geloso dell'appartenenza a tutte le posizioni di soggetti concessionari-imprenditori su un bene che la pratica altomedievale aveva intensamente 'realizzato' e che la pratica del tardo medioevo serbava vivaci nella vita sociale. Straordinaria corrispondenza — questa — di una scienza giuridica alle istanze della realtà economica; una scienza, che è disposta a tradimenti e compromessi, pur di non venir meno al suo ruolo di interpretazione dei fatti sociali (prima ancora che dei testi romani).

La dottrina del dominio utile si compenetra col sistema medievale delle situazioni reali, e diventa la centralissima categoria ordinante, ricevendo nelle grandi analisi dei Commentatori trecenteschi e quattrocenteschi la propria definizione e consolidazione. È un momento di elevata elaborazione teorica, meritevole di attenzione da parte dello storico del diritto come stadio culminante della costruzione d'un sistema con tutto il suo ammirevole apparato di strumenti tecnici.

Il momento successivo è di non minore interesse, ma sotto altro

profilo. Il Cinquecento è per la scienza giuridica un quadrivio affollato e convulso: accanto alla prassi forense che sonnecchia sui vecchi schemi ormai acquisiti, molti *homines novi* si interessano o si entusiasmano dei nuovi atteggiamenti metodologici proposti al séguito della rivoluzione umanistica: il nuovo si giustappone o si contrappone al vecchio, in molti casi si mescola col vecchio, rendendo il secolo decimosesto un terreno vivissimo di incontri e scontri, incomposto e variegato, ma indubbiamente fertile per il divenire dell'intiera esperienza giuridica europea.

Alla costruzione tecnica del sistema si sostituisce ora la discussione delle sue strutture e delle sue categorie fondanti, l'erosione dei suoi materiali più sicuri alla luce delle nuove acquisizioni culturali e dei nuovi fatti politici ed economici. Il cemento impastato con cura dai vecchi maestri comincia a subire incrinature, per ogni loro conclusione si insinuano corrosivi dubbi di indole metodica ed esegetica. Il dibattito è culturale: modi diversi di concepire la scienza giuridica che si confrontano e si battagliano. E il dominio utile è al centro della schermaglia per la sua duplice qualità di tradimento romanistico e specchio fedele di istanze medievali.

Nasce da qui l'interesse per la sua storia nel Cinquecento: non come misura delle tecniche costruttive di una *iurisprudentia*, le quali si sono già maturate e definite nei secoli precedenti, ma come terreno d'incontro inevitabile di due visioni sensibilmente diverse del diritto quale scienza. Per questo motivo, è ovvio che non si presterà attenzione alcuna a quei molti giuristi che ripetono fiaccamente le conclusioni della *communis opinio* e che costituiscono soltanto una prosecuzione inerte del vecchio discorso dei Commentatori, restringendo il nostro esame agli *homines novi*, a quei giureconsulti che, variamente ma sicuramente, per tutta l'Europa, hanno orecchiato il nuovo dei tempi e si son lasciati conquistare dalle fitte discussioni sul metodo, sui compiti della *interpretatio* e sul ruolo del giurista, sui rapporti fra diritto romano e diritti e prassi nazionali. Non si tratta di una falange unitaria; si tratta, anzi, di personaggi sparsi in tutta Europa, fra di sé profondamente diversi, che possono essere accomunati sotto questa vaga e certo non culturalmente appagante insegna di neoterici per essere tutti in qualche modo dei 'moderni', partecipi del nuovo emisfero culturale o tutt'al meno a cavalcioni sull'ideale confine. In questa ottica, diventa legittimo

esaminare assieme un Cujas completamente conquistato e quasi assordito dagli squilli di tromba post-umanistici e un Dumoulin che, malgrado la sua ideologia religiosa e politica, continua a mostrare nell'opera sua indiscusse nervature bartolistiche, un pratico portoghese — però culturalmente sensibilissimo — come Alvaro Vaz e il tedesco Johann Thomas Frey che fa vivere in sé orecchiamenti per la prassi e, insieme, per le metodologie umanistiche e per le sistemazioni logiche di Pietro Ramo. Neoterici vale qui figli autentici del secolo in cui operano e che quel secolo esprimono fedelmente; non vecchioni decrepiti che ripetono inconsapevolmente l'ideario e il vocabolario d'un passato remoto.

Si potrebbe pensare con faciloneria a una distruzione icastica e sprezzante della categoria del dominio utile, ma sarebbe una ipotesi non realistica. Anche di fronte a uno strumento tecnico dotato di tanti elementi di sgradevolezza ma ancora ben incardinato nella prassi, la riflessione di questi *homines novi* rivela una sorprendente complessità come complessa e composita è la loro compagnia. Ci saranno le condanne e le ripulse senza appello, ma più spesso — come si vedrà — assisteremo ad equilibrati tentativi di mediazione, dimostrando una volta di più questi neoterici cinquecenteschi il carattere non astratto di buona parte delle loro analisi, la loro attenzione per le situazioni nazionali, per la pratica quotidiana, il loro tentativo di scrivere sulla terra e non sulle nuvole le conquistate 'verità' filologiche.

2. Una condanna senza appello è quella di Cujas, che vede nella divisione del dominio in diretto e utile nulla più che un grossolano errore (1). La visione è manichea, giacché non si tratta di problemi interpretativi, ma piuttosto del discrimine netto che separa il falso dal vero; il dominio utile è collocabile appieno tra i fraintendimenti dei rozzissimi medievali. Rincara la dose e dà fondo a tutto il repertorio umanistico di acri invettive contro accursiani e bartolisti Marc Antoine Muret:

> «Non habeo nunc ad manum superiores illas tuas, in quibus nescio quid quaerebas de dominio directo et utili, cuius tamen totius quaestionis

(1) «Dominium etiam qui aliud directum, aliud utile faciunt, magno errore labuntur» (Jacques Cujas, Observationum et emendationum [libri], lib. XI, cap. XXXV, in Jacobi Cujacii *Opera*, t. III, Neapoli, 1722).

molestia facile liberare ipse te potes. Dominium directum et utile nusquam a iurisconsultis, nusquam ab Imperatoribus nominantur, sed commenta ac somnia sunt eorum, qui, obscurando et ineptiis suis contaminando iure civili, sibi se acuminis et eruditionis laudem quaesituros putarunt» (2).

Il raffinato editore di testi classici, l'innamorato esegeta di Cicerone e di Orazio, esprimendo una posizione rigidamente umanistica, rimprovera ai medievali non soltanto di avere farneticato, ma soprattutto di avere con le proprie farneticazioni contaminato la purezza dell'originario *ius civile*. I *commenta* sono già un ardimento rispetto all'insuperabile dettato degli antichi, ma divengono una insolente impudenza quando, con la pretesa di più complesse articolazioni, arrivano invece a deturpare le linee delle architetture classiche. E si sottolinea con cura il peccato di presunzione: il dominio utile è creatura basata sul nulla perché non v'è nessun frammento giurisprudenziale e nessuna costituzione imperiale che vi faccia riferimento.

Il punto messo in evidenza da Muret è un discorso ricorrente sulla bocca dei più puristi tra i neoterici; si rileva con forza il distacco della teorica del dominio diviso dall'universo concettuale espresso nel *Corpus iuris* e la si lega alle manipolazioni pasticciate degli accursiani (3) e alla prassi barbarica dei longobardi (4). Ed emerge sempre la comparazione o — per dir meglio — la

---

(2) In una lettera datata: Tivoli, agosto del 1577 (Marc Antoine MURET, *Epistolarum [volumina duo]*, in M. ANTONII MURETI..... *Orationes, epistolae et praefationes*, T. II, Roboreti, 1727, vol. II, epist. LII).

(3) [Jean FEU] *Repetitio* JOANNIS IGNEI *in l. Contractus, ff. de regulis iuris*, n. 135, in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen sextum*, Lugduni, 1553 («nec sit aliqua lex, que dicat verbum de utili dominio in corpore Pandectarum»); François LE DOUAREN, *Disputationum anniversariarum liber primus*, cap. XVII - *De dominio quod directum et utile vulgo dicitur*, in FRANCISCI DUARENI *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera*, Francofurti, 1592 («dominium vulgo partiuntur accursiani in directum et utile: quae verba ab ipsis conficta sunt, nec apud veteres usquam leguntur»); Hugues DONEAU, *Commentarii de iure civili*, lib. IX, cap. XIV, n. XXX, in HUGONIS DONELLI *Opera omnia...*, Lucae, 1763 («verbo [cioè il dominio utile]... iuris auctoribus incognito»); [Alvaro VAZ], ALVARI VALASCI *Tractatus de iure emphyteutico*, Cremonae, 1591, q. XIII, n. I («nullus est textus quem ego viderim de iure fforum qui huius dominii utilis emphyteutici mentionem fecerit»).

(4) Si legga il testo di Vultejus citato alla nota 9.

contrapposizione tra un apparato di regole dottrinali e legislative aventi un autentico valore normativo (5) e costituenti — per la loro approssimazione alla *veritas* — una insuperata epifania della *ratio iuris* (6), e le umanissime e fallacissime elucubrazioni di interpreti successivi; tra *iureconsulti* — i romani, creatori e custodi dello *ius* — e *interpretes* — i medievali, glossatori e commentatori, discutibilissimi confezionatori di fragili opinioni (7).

Ed emerge costantemente la dialettica manichea fra verità ed errore, che non è certo del solo Cujas (8). Ecco le ingiurie di Hermann Vultejus:

> «distinctio illa dominii directi et utilis iurisprudentiae sinceriori non est consentanea, sed promanavit illa ex fecibus posteriorum saeculorum» (9):

---

(5) Nel testo di Doneau citato alla nota 3 la antica *iurisprudentia* è *sic et simpliciter* identificata negli *iuris auctores*. Frequente è l'opposizione fra *iureconsulti* e *interpretes*, quasi che solo i primi — cioè i romani — avessero avuto, una volta per tutte, il privilegio di *condere ius*. Ma si vedano, più avanti nel testo, le testimonianze raccolte.

(6) Afferma eloquentemente Le Douaren, nel testo citato parzialmente alla nota 3, che gli interpreti medievali «duplex constituerunt dominium» contro la *ratio iuris* rappresentata dalla l. Si ut certo §. Si duobus, ff. comodati, cioè dal famoso frammento di Ulpiano (D. 13, 6, 5, 15), nel quale si fissa la degnità che non si può dare più di un dominio solidalmente sulla stessa cosa. Una regola, che è còlta come la lettura oggettiva del gran libro razionale della natura delle cose.

(7) Un esempio eloquentissimo è in Eguiner Baron (cfr. EGUINARIUS BARO, *Methodus ad Obertum Ortensium de beneficiis* (1549), (in EGUINARII BARONIS *Opera omnia*, Lutetiae, 1562, t. III) lib. IIII, cap. VII, p. 395).

(8) Un limpido testo è nel tedesco Johann von BORCHOLTEN (1535-1593). Cfr. IOANNIS BORCHOLTEN *In IV. libros Institutionum civilium. D. Iustiniani commentaria* (1590)..., Lugduni, 1661, lib. II, tit. I, §. XI - *Res singulorum*, n. 4: «quamvis interpretes vulgo dominium in directum et utile partiuntur, tamen illa divisio magno errore introducta est... et nullum est dominium directum, nullum utile»). Ma si tratta di convinzioni frequentemente espresse.

(9) HERMANNI VULTEJI *In Institutiones juris civilis a Justiniano compositas commentarius*, (1598), Marpurgi, 1605, in lib. II, tit. I, pr., n. 24. Un testo formalmente simile — con in più la messa sotto accusa dei poveri Longobardi — è *ibidem*, tit. VI, n. 47: «non distinguo inter dominium directum et utile, quia nec lex distinguit, imo ne nota quidem est haec dominii distinctio iuri justinianeo, sed ex fecibus Longobardorum multo post tempora Justiniani in scholas introducta est».

o l'invettiva parimente icastica ma più contenuta di Everhard van Bronchorst:

> «haec vocabula sunt interpretum et magistrorum iuris, non vero in ipso iure et legibus tradita extant. Ideoque... statuendum magis ex errore quam veritate legum hanc distinctionem a doctoribus introductam, quod aliud sit dominium directum, aliud utile» (10).

Di questa costruzione erronea e insicura, comunque inaffidabile (11), si scende a demolire le fondazioni tecniche e gli appigli normativi: si ribadisce che è indebito ed erroneo trasportare nel *dominium* una divisione fra utile e diretto che è propria unicamente delle azioni (12); si ribadisce, di fronte a una palingenesi classicistica del *dominium* riscoprente nel Cinquecento la sua unità e semplicità (13), quanto poco congeniale sia ad esso l'idea della divisibi-

---

(10) EVERARDI BRONCHORST... *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum sive EnantioΦanΩn et conciliationes earundem*, Hanoviae, 1610, assertio XXXVIII (p. 105) - *Nullum est dominium directum, nullum utile.* Le *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum*, pubblicate a Leyden nel 1602, sono in realtà la Va e la VIa delle *Centuriae* di Bronchorst (le prime *Centuriae duae* pubblicate a Leyden nel 1595, le *Centuriae IIIa et IVa* sempre a Leyden nel 1598). Cfr. R. FEENSTRA-C.J.D. WAAL, *Seventeenth-Century Leyden Law Professors and their Influence on the Development of the Civil Law - A Study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam/Oxford, North Holland Publ., 1975, p. 47.

(11) Insicura la qualifica il portoghese Pinhel: «nec ea differentia utilis et directi dominii satis tuta est» (AYRES PINHEL, *Commentaria ad Constitutiones C. de bonis maternis, ad l. I.C. de bonis maternis*, tertia pars, n. 38, in ARII PINELI *Omnia quae quidem hactenus extant opera*, Lugduni, 1576.

(12) Così il batavo-germano Hubert van Giffen (1534-1604) (cfr. HUBERTI GIPHANII *In quatuor libros Institutionum iuris civilis Iustiniani commentarius*, (1611) Argentorati, 1629, lib. II, tit. I, *ad §. Singulorum*: «dividitur autem vulgo in directum et utile, sed non recte. Nam his partibus in iure actiones dividuntur, dominium non item») e il tedesco Konrad Rittershausen, (1560-1613) (cfr. CUNRADI RITTERSHUSII... *Commentarius novus in quatuor libros Institutionum imperialium Divi Iustiniani* (1618)..., Argentorati, 1649, ad lib. II, tit. I — De rerum divisione, p. 152: «neque enim haec divisio in iure esse solet dominii sed actionum, quarum quaedam sunt directae, quae scilicet ex ipsis verbis legis nascuntur, quaedam utiles, quae ex mente et sententia ac interpretatione, item quae a praetore dantur....».

(13) La *simplicitas* è il grande attributo e il 'segreto' della proprietà moderna, che è una e semplice come il soggetto cui ormai si esempla e che ben può concretarsi in un *abuti re*, come si usa dire da parte di molti giuristi neoterici e non soltanto nella famigerata definizione hotmaniana di *dominium*. Per affermazioni limpide del nuovo carattere della *simplicitas* cfr. GIPHANII *In quatuor libros Institutionum*, cit., lib. II, tit. I, §. Singulorum:

lità (14); a proposito dell'unico tenue riferimento del *Corpus iuris* invocato dagli interpreti, la l. Possessores, una tardissima costituzione di Teodosio e Valentiniano del 434 d.C. in cui si qualificano come domini gli enfiteuti (15), mentre da taluno si precisa con dispregio che si tratta di un «textus iuris novioris» troppo lontano dall'età aurea della *vera* creazione giuridica per essere attendibile (16), da altri vi si riconosce un abuso linguistico e quindi uno svarione (17), da altri ancora si rileva che la norma imperiale non riguarda la generalità degli enfiteuti ma afferma una situazione eccezionale dei concessionari dei soli fondi patrimoniali del principe, e non è pertanto — come *ius singulare* — suscettibile di interpretazione estensiva (18). V'è infine chi trasferisce tutta la questione su un più elevato piano filosofico, facendo ricorso ai raffinati strumenti della logica scolastica: le situazioni dell'enfiteuta, del vassallo, del superficiario sono filosoficamente identificabili in degli 'accidenti', i quali possono avere la capacità di operare delle diminuzioni nella sfera del *dominium* ma non di dividerlo in due specie. Il *dominium*, come 'ente', non è suscettibile di subire una trasformazione così sostanziale da parte di realtà qualitativamente inferiori (19).

3. Il discorso si ferma forse qui? Resta come una sorta di prosa lirica, una esercitazione dottissima e filologicamente ineccepibile, ma

---

«recte dicitur dominium nostro iure esse uniusmodi et simplex, sive non dividi in species sed in partes», e BRONCHORST, *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum*, cit., assertio XXXVIII (p. 105): «unum tantum et simplex est dominium».

(14) «divisione autem ei generi, quod dividunt, nullo modo conveniente» (DONEAU, *Commentarii de iure civili*, cit., lib. IX, cap. XIV, n. XXX).

(15) C. 11,62,12.

(16) Così il portoghese VAZ, *Tractatus de iure emphyteutico*, quaestio XIII, n. 1.

(17) Così LE DOUAREN, *Disputationes anniversariae*, cit., lib. I, cap. XVII («per abusionem hoc ius nonnunquam simpliciter dominium appellatur»).

(18) DONEAU, *Commentarii de iure civili*, cit., lib. IX, cap. XIV, n. XXIX; VAZ, *Tractatus de iure emphyteutico*, quaestio XIII, n. 1.

(19) «potest dici aliud esse plenum, aliud minus plenum dominium, ab accidente, quia scilicet emphyteuta, vasallus, superficiarius tale ius habent, quo omnem usum et commoditatem rei percipiunt, sed propterea dominium in species duas, directum et utile, ab accidentibus dividi non potest, quia accidentia non constituunt diversas species» (BRONCHORST, *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum*, cit., assertio XXXVIII (p. 105).

nulla piu? In taluno, come in Cujas, l'atteggiamento ludico — talora percorso anche da venature ideologiche — è assorbente (20), ma nei più il gusto filologico non si disgiunge mai dalla consapevolezza che la scienza giuridica è sapienza incarnata, si disegna — prima ancora che sulle pagine libresche — sulla pelle di uomini in carne ed ossa e su un concreto paesaggio sociale ed economico; quella loro sapienza erudita — che è pur vivissima — non si riduce ad astratta disquisizione, ma è costantemente sorretta da una tensione a incarnarsi, a diventare regola di vita quotidiana.

E un altro gusto si affaccia assolutamente ben precisato, frutto della stessa attitudine storicistica; quello del particolare, del nazionale, del locale, del consuetudinario; provocando talora incoerenze o addirittura antinomie ma dando vivezza a personaggi certamente non scoloriti.

Agli occhi di questi *speculatores* non poteva non esser chiara la contemplazione di una vita giuridica all'intorno, dove il tardo assetto feudale e, in genere, tutta l'organizzazione fondiaria con il pullulare di livelli, precarie, enfiteusi, locazioni e colonie perpetue e a lungo termine, concessioni atipiche *ad longum tempus*, mostrava una ridda di situazioni dalla realità intensa che i vecchi interpreti avevan sentito come *dominia utilia.* Più di due secoli prima, Jean Faure, attentissimo per temperamento suo alla prassi, aveva delineato nel vivacissimo commentario alle Istituzioni uno spregiudicato ma acceso affresco della realtà giuridica della Francia «ubi omnes terrae vel quasi sunt feudales vel alias pensionibus seu censibus affectae, ita quod possessores, quasi omnes, sunt utiles domini» (21), «ubi feuda venduntur invito domino et pignorantur» (22) contro tutte le regole garantistiche del vecchio diritto feudale. Nel Cinquecento, in Francia e in Germania, la situazione si è ancor più consolidata a favore

(20) Un esempio probante viene offerto nel saggio — pubblicato in questo stesso volume — intitolato: 'Ideologia e tecnica in una definizione giuridica - La definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas'.

(21) IOANNIS FABRI ....*In Iustiniani Imp. Institutiones iuris civilis commentarii...*, Lugduni, 1593, in tit. de actionibus, §. Omnium actionum, n. 13.

(22) Ibidem, in tit. de actionibus, §. Item serviana, n. 26.

degli utilisti, e i giureconsulti non possono velarsi lo sguardo ficcando la testa sotto la sabbia (23).

Il dominio utile è filologicamente una aberrazione, è tecnicamente una forzatura dell'armamentario romano, ma è creatura vivente nelle campagne di tutta Europa nel secolo decimosesto. Se il dominio utile viene verbalmente e formalmente respinto, si costruisce una figura mediana che non smentisca le premesse teoriche ma che dia immagine all'assetto vivente nella effettività giuridica. Le Douaren (24), Doneau (25), Bronchorst (26) parlano di uno *ius dominio proximum*, mentre Eguiner Baron (27) e Rittershau-

---

(23) Si veda quanto ne dice Nicolas Bohier (1469-1539), un pratico di altissimo rango e sensibile osservatore dell'esperienza giuridica francese (*Decisionum* NICOLAI BOERII *pars prima quae olim in Sacro Burdegalensium Senatu discussae.... fuerunt,...*Venetiis, 1551, quaestio CLXXXI (arrestum del 5 agosto 1522), nn. 1 e 2; *Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae: Bituricensis* Nicolai BOERII, *Aurelianensis* Pyrry ENGLEBERMEI, *Turonensis* Ioan. SAISON *....commentariis singulae illustratae...*, Francofurti, 1575 — *Des coustumes des fiefz et cens*, §. 1 e 11). Ma si veda anche, più sotto, la testimonianza forte e chiara di Charles Dumoulin (cfr. p. 259).

(24) LE DOUAREN, *Disputationes anniversariae*, cit., lib. I, cap. XVII («sciendum est ius quoddam aliquando reperiri dominio proximum, quale est, exempli causa, ius emphyteuticum, propter quod datur actio in rem utilis, sicut directa ob verum dominium competit»).

(25) DONEAU, *Commentarii de iure civili*, cit., lib. IX, cap. XIV, n. XXX («fatendum est ius eius [cioè dell'enfiteuta] esse dominio proximum, et ipsum quasi dominum quendam fundi. Nec aliud interpretes puto sentire, cum huius dominium vocant utile...»).

(26) BRONCHORST, *Centuriae duae miscellanearum controversiarum*, cit., assertio XXXVIII (p. 105): «datur his [cioè all'enfiteuta, al superficiario, al vassallo] utilis in rem actio non respectu utilis dominii sed respectu effectus, quia scilicet habent ius proximum dominio, pro quo iure asserendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne scilicet iure suo alioqui plane frustrentur et priventur».

(27) Afferma Baron a proposito della definizione giustinianea di usufrutto: «subiicit deinde Iustinianus, salva rerum substantia: res enim, quae dantur utentibus et fruentibus servari debent domino; conductor perpetuarius, qui emphyteuta dicitur, vectigalis, superficiarius, beneficiarius plus iuris in rebus alienis habent; nam quasi domini in rem agunt, non dico de iure separato, ut fructuarius in rem confessoria, sed de re ipsa» (EGUINARIUS BARO, *Institutionum seu elementorum Iustiniani sacratissimi Principis libri IIII* (1546), in EGUINARII BARONIS *Opera omnia*, Lutetiae, 1562, t. II, lib. II, p. 96). Cfr. anche EGUINARIUS BARO, *Methodus ad Obertum Ortensium de beneficiis*, cit., lib. IIII, p. 395 («quod simpliciter dominium Iureconsulti vocant, interpretes directum dominium, et quod quasi dominium illi, hi utile dominium appellant»).

sen ([28]) preferiscono parlare di *quasi dominium*. Con questa precisazione: che si tratta di figure sostanzialmente dominative, le quali servono soltanto a salvar l'anima dei nostri elegantissimi giuristi ([29]).

Riprendiamo un momento in esame il testo di Baron, che è a proposito della definizione di usufrutto e della separazione concettuale tra usufruttuarii e, come lui dice, *quasi domini*:

> «Subiicit deinde Iustinianus: 'Salva rerum substantia'. Res enim, quae dantur utentibus et fruentibus, servari debent domino. Conductor perpetuarius, qui emphyteuta dicitur, vectigalis, superficiarius, beneficiarius plus iuris in rebus alienis habent. Nam quasi domini in rem agunt, non dico de iure separato, ut fructuarius in rem confessoria, sed de re ipsa» ([30]).

Il discorso del giurista corre su un sottilissimo e rischiosissimo filo di rasoio, tanto rischioso da diventare contraddittorio. La premessa è, infatti, che sia l'usufruttuario sia l'enfiteuta e i suoi consimili insistono *in rebus alienis*, con la doverosa integrazione che questi ultimi hanno *plus iuris*, una tale intensità di situazione giuridica sul bene da farli diventare dei quasi-proprietari. Ma *quasi dominium* è nozione ambigua e Baron sente di dover precisare ulteriomente, per ottenerne una differenziazione netta dell'ingombrante usufrutto: quest'ultimo non concerne la cosa nella sua struttura corporea ma soltanto una situazione giuridica da essa separata, lo *ius ususfructus*; quelli incidono sulla *res ipsa*; e la dimostrazione è tangibile sul piano

---

([28]) Conradi Rittershusii *Partitiones iuris feudalis in duos libros tributae...*, Hanoviae, 1603, cap. II, p. 83 («vasallus est quasi dominus»).

([29]) Va notato che questa accezione assai approssimativa e sfumata di *quasi-dominium* non ha nulla a che spartire con la nozione, assai più tecnica, che si era venuta chiarendo nel pensiero dei Commentatori, e cioè un *quasi-dominium* come situazione — concettualmente ben distinta dal *dominium* — di colui «qui emit a non domino quem credebat dominum», una situazione protetta specificamente non da una *rei vindicatio* o da una *actio confessoria* ma dalla *publiciana*. Su questa chiarificazione, che deve molto a Dino del Mugello e che si consolida dopo di lui, che coglie il *quasi-dominium* come figura distaccata ed autonoma sia dal *dominium* che dal *dominium utile*, cfr. P. Grossi, *Dominia e servitutes (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), p. 356 ss. (il testo diniano sopra citato è a p. 358).

([30]) È il testo, che abbiamo già citato alla nota 27 e che qui si riporta nuovamente per comodità espositiva.

processuale, dove quelli godono di *rei vindicationes utiles* e l'usufruttuario di una semplice *actio confessoria.*

Ma era questo il grande e definitivo argomento per cui i medievali avevano collocato l'usufrutto fuori della sfera dell'appartenenza e ben al didentro, invece, enfiteuta, superficiario e vassallo. Il ragionamento tecnico di Baron non si distanzia dalla linea interpretativa di accursiani e bartolisti, perché anche per lui l'enfiteuta, il superficiario e il vassallo sono sentiti in un rapporto immediato con la realtà fenomenica della *res* e sono sentiti in qualche modo assai compromessi con la sfera dominativa. Solo che egli una conclusione non si sente di trarre, come invece l'hanno tratta i ben più disinibiti medievali: ammettere che siamo di fronte a dei *dominia.* Una simile conclusione è per Baron troppo costosa per le sue premesse umanistiche. Tuttavia, è diverso solo il frutto formale: da una parte, un dominio corposo ma inferiore, sempre però dominio anche nei suoi attributi tecnici (31); dall'altra, una figura che è sostanzialmente identica ma che formalmente — in grazia di quel 'quasi' — non lo è e non rompe con la tradizione delle fonti antiche. Una pudica ma ipocrita foglia di fico per nascondere quella che sembra essere una vergogna troppo grossa da un punto di vista strettamente romanistico.

A una conclusione non dissimile ci porta anche il testo dell'olandese Everhard van Bronchorst ugualmente citato poco sopra. Riprendiamo pure questo in esame per guardarlo con la stessa consapevolezza critica:

> «datur his [cioè all'enfiteuta, al superficiario, al vassallo] utilis in rem actio non respectu utilis dominii sed respectu effectus, quia scilicet habent ius proximum dominio, pro quo iure asserendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne scilicet iure suo alioqui plane frustrentur et priventur» (32).

---

(31) Come dimostra la conclusione, universalmente ammessa dai dottori del diritto comune classico, che il *dominus utilis* può costituire diritti reali limitati — per esempio, servitù prediali e personali — sul bene, potere che è vietato all'usufruttuario. Vedi quanto abbiamo avuto occasione di precisare in un saggio recentissimo: *Dominia e servitutes*, cit..

(32) È il testo, che abbiamo già citato alla nota 26 e che qui si riporta nuovamente per comodità espositiva.

La *rei vindicatio utilis* — insegna Bronchorst — viene data a quei concessionari di beni non perché siano *domini utiles* ma in relazione all'effettività della loro situazione sul bene. Anche questo era stato uno dei perni portanti del ragionamento dei medievali: poiché certi concessionari hanno una simile effettività, era parso — alla loro concezione effettualistica del diritto — logico ed opportuno riconoscere in capo ad essi un *dominium*, quello utile. E sempre i dottori ci hanno dichiarato che il dominio utile consisteva appunto nell'*effectus dominii* che diventa dominio, in un *dominium in effectu* (33).

Un simile discorso, come troppo grossolanamente economicistico, era stato respinto dagli *homines novi* cinquecenteschi, proprio all'inizio del secolo, per bocca di Jean Feu: il dominio era qualcosa di qualitativamente diverso dai suoi effetti pratici — per esempio, il godimento autonomo del bene — e pertanto concettualmente separato (34). La nuova antropologia umanistica, di cui Feu è il portavoce, comincia a cogliere il *dominium* partendo dal soggetto e non dalla cosa, comincia a vedere il *dominium* come una dimensione del soggetto e non più, qual'era presso i medievali, come uno statuto della cosa. Il dominio avrà certamente, inevitabilmente, degli effetti corposi, economicamente valutabili, significherà certamente anche godimento del bene, ma non starà qui la sua essenza, non sarà mai qui il suo significato più profondo.

Pertanto, inadeguatezza dell'effettività economica a trasformarsi in *dominium*; pertanto, rifiuto di arrivare a costruire un dominio partendo dagli effetti. Bronchorst continua ad usare l'argomentazione dei medievali con il condizionamento però che gli deriva dalla sua coscienza umanistica. Gli *effectus* sono rilevanti e costituiscono il presupposto del conferimento all'enfiteuta, al superficiario, al

---

(33) Abbiamo sviluppato questa problematica in un nostro vecchio corso di lezioni: P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968.

(34) «quicquid dicat ibi Glosa sine lege sine ratione quod dominium intelligatur de effectu dominii et quod nihil aliud est effectus dominii nisi dominium utile, quod hoc est falsum, quod utilitas dominii non semper consistit in fructibus sed etiam in multis aliis. Preterea si esset verum quod consisteret in fructibus, sequeretur quod usufructuarius esset utilis dominus, quod est falsum, cum usufructuarius non habeat dominium sed ius tantum» (IOANNIS IGNEI *Repetitio in l. Contractus, ff. de regulis iuris*, cit. n. 134).

vassallo della *rei vindicatio utilis*, ma arriveranno soltanto a disegnare una situazione sostanziale prossima al *dominium*, non già un dominio formale. Si ripete anche qui l'atteggiamento che abbiamo or ora sorpreso in Baron.

4. L'osservazione dell'esperienza giuridica come concretamente si svolge entro diverse realtà particolari nello spazio e nel tempo è fonte di ambiguità, aporie, contraddizioni nella pagina tormentata dei neoterici cinquecenteschi, ma è anche un indubbio salvataggio per il giurista: impedisce la separazione deviante fra teoria giuridica e tempo storico, anzi ne consente — anche se talvolta a fatica — un inserimento vivo.

L'occhiale degli umanisti appare spesso, infatti, messo a fuoco su un duplice oggetto: la conquista delle verità filologiche e insieme la accettazione della prassi, due piani che mal si sposano e che, il più delle volte, si contrastano fortemente. Da qui, come si accennava, il tormento d'una pagina, che può portare l'uomo di scienza fino a pagare il supremo tributo dell'incoerenza, ma che contribuisce non poco a storicizzare i personaggi. Il *quasi dominium* e lo *ius dominio proximum* elaborati dai maestri appena citati rappresentano, a nostro avviso, il tentativo, certamente non brillante sul piano dommatico, di non astrarre dalla prassi d'ogni giorno senza violare i canoni teorici fondamentali.

Talvolta il giurista accetta la prassi senza discuterla, anche se questa porta a un sovvertimento delle certezze teoriche e a conclusioni che sopravanzano di gran lunga le conquiste dei medievali. È il caso di Charles Dumoulin, un uomo di confine tra vecchio e nuovo, metodologicamente percorso da prevalenti venature bartolistiche, che non ha esitazione, nel suo imponente commento alla *Coutume* di Parigi, a far suo l'assetto consuetudinario della organizzazione economico-giuridica dell'intiera Francia (e non solo quella centro-settentrionale), secondo cui il feudatario, l'enfiteuta e il superficiario non sono soltanto dei *domini utiles* ma addirittura dei *proprietaires*, usurpando anche nel titolo un nome che la stessa tradizione medievale aveva sempre riserbato al padrone diretto; secondo cui, di converso, questi appare relegato in una sorta di nominale *dominium superioritatis*, tanto che «non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei, sed solum iuris sui directi

et potestatis dominicae». Mette conto di riportare le parole stesse del giurista parigino in due testi di straordinaria franchezza espressiva:

> «Secundum communem nostrum modum loquendi aliter quam in iure scripto accipimus istud verbum proprietas, quia de iure proprietas strictius et dominium latius accipitur....Appellatione enim dominii venit omne dominium, sive directum sive utile sive feudale sive emphyteuticum vel superficiarium et etiam dominium iurium... sed proprietas non capitur nisi pro ipso directo domínio... nec ponitur pro utili dominio... Sed apud nos e converso, quia dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli, sed solum dominium suum superius. Vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei. Et hunc solum proprietarium vocamus. Et est ratio, quia dominium utile quandiu durat vincit directum eique praefertur... ad dominum utilem spectat immediata dispositio rei iure dominii. Ad dominum autem directum non spectat nisi mediate et remote. Imo non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei, sed solum iuris sui directi et potestatis dominicae» (35);

> «Idiotismo nostro dominus directus, etiam quem proprie et stricte *Tresfoncier* vocamus, non dicitur proprietarius, sed vox proprietarii apud nos non solum in locis quae consuetudine, sed etiam quae iure scripto reguntur, pro ultimo domino dumtaxat sive pro possidente iure dominii etiam utilis tantum usurpatur...» (36).

È già la prassi francese che continuerà ininterrotta fino al decreto 15 marzo 1790 abolitivo del regime signoriale, ed è una prassi in cui non si tratta soltanto di dar cittadinanza al dominio utile, ma di capovolgere il gioco delle posizioni, con un *tresfoncier* che non è proprietario della cosa e che è ridotto alla proprietà della propria situazione giuridica, alla stessa stregua di un usufruttuario o di un semplice titolare di servitù prediale. L'importante per noi è che Dumoulin non si scandalizzi di un tale risultato, con estrema lucidità lo consideri in posizione dialettica con lo *ius scriptum* e ne prenda atto come del regime giuridico vigente in Francia nella prima metà del Cinquecento.

Qualche anno più tardi Jean Bodin, nella sua *Juris universi*

---

(35) CAROLI MOLINAEI *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, in C.M. *Opera quae extant omnia*, Parisiis, 1685, T.I, tit. I, *De fiefs*, in ver. *Les proprietaires et seigneurs*, col. 1181, nn. 1 e 2.

(36) CAROLI MOLINAEI *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., T.I, tit. II *De censive*, LXXVIII, glo. IIII in ver. *Seigneur censier ou foncier*, n. 4.

distributio, mostrerà un atteggiamento non dissimile (37). Se vogliamo, è il primato della prassi, sono le ragioni dell'esperienza locale, viva, volgare consuetudinaria, che hanno la meglio sulle *elegantiae iuris*.

Sotto questo profilo le testimonianze di due giureconsulti appartenenti a diverse aree culturali, diversi per formazione e per collocazione professionale ma ambedue partecipi, sia pure in varia misura, della coinè umanistica, il portoghese Alvaro Vaz e il tedesco Konrad Rittershausen, sembrano emblematiche.

Vaz, il Valascus rispettosamente citato per tutto il tardo diritto comune, dedica molte argomentazioni, nel suo diffusissimo trattato sull'enfiteusi, per dimostrare che la situazione del concessionario non incarna un dominio utile (38). È lui che si premura di ribadire che è questa una costruzione ignota al *Corpus* giustinianeo e che l'appiglio alla l.Possessores è infondato trattandosi in questo caso

---

(37) «Dominii acceptio simplex ac pura Romano significat proprietatem: neque enim in Pandectis aut Codice, at ne in Authenticis quidem ullum verbum extat utilis aut directi dominii: sed ea verba ex usu feudorum manarunt in vulgus: deinde quibusdam visum est fundiarios dominos et censuales et fundiarissimos seu tresfonciers appellare, et horum quidam immediati, quidam intermedii, postremo loco sunt proprietarii, qui recta verborum interpretatione domini sunt : reliqui nihil aliud quam ius praediatorium seu vectigal seu servitutem habent, dominium non habent, quia duorum simul esse non potest» (*Juris universi distributio* autore Jo. Bodino, in Jean Bodin, *Oeuvres philosophiques*-texte établi par P. Mesnard (Corpus des philosophes français publ sous la dir. de R. Bayer -Auteurs modernes - T.V, 3), Paris, P.U.F., 1951, p. 77. Una edizione oggi più accessibile della *Juris distributio* è quella: Paris, P.U.F., 1985, con il commento di S. Goyard-Fabre (il testo bodiniano citato è qui a p. 52). È notabile constatare anche qui la forte dialettica fra diritto romano e realtà consuetudinaria francese del Cinquecento, la rilevazione della profonda distanza che separa ormai l'uno dall'altra e la tranquilla accettazione di una prassi così svincolata dalla tradizione culta romanistica. Bodin, come Molinaeus, può contare su una autonoma, originalissima e autorevolissima tradizione, una tradizione che la vince sull'altra. Sul *droit coutumier* come fonte non trascurabile di Bodin può essere di qualche utilità la raccolta di dati offerti da M. Reulos, *Les sources juridiques de Bodin: textes, auteurs, pratique*, in *Jean Bodin-Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München*, hrsg. von H. Denzen, München, Beck, 1973, pp. 189-90.

(38) Alvari Valasci *Tractatus de iure emphyteutico*, cit., quaestio XIII - *Quale dominium quaeratur ex emphyteutico contractu*. La prima edizione appare a Lisbona nel 1591.

unicamente di concessioni sui latifondi imperiali (39); egli, che ha così vivo il senso del diritto locale (40), tiene anche a precisare che è situazione analoga a quella offerta dall'esperienza portoghese a lui contemporanea dove esistono fondi chiamati nel linguaggio volgare *terras reguengas* «quae pleno iure sunt possessorum», fatto salvo il versamento del canone al Sovrano (41). Tutto farebbe pensare a una coerente conclusione di rifiuto dello schema del dominio utile, ma è vero esattamente il contrario. Ecco la inattesa motivazione:

> «Haec autem pro iunioribus tentavi, sed quia non soleo a receptis traditionibus facile deviare, uti receptissimam pono superiorem conclusionem, qua traditum est ex emphyteusi utile dominium emphyteutae acquiri» (42).

Si sbaglierebbe a credere che siamo semplicemente di fronte a una supina accettazione della *communis opinio* come per i tanti inerti epigoni cinquecenteschi del *mos italicus*. Valascus è certamente un pratico di altissimo rango oltre che professore a Coimbra (43) e certamente il suo *tractatus* ha una impostazione tradizionale, ma non gli si può disconoscere una robusta consapevolezza culturale e un indubbio atteggiamento critico, che non consentono una simile operazione riduttiva; la grande corrente umanistica, che ha avuto anche in Portogallo protagonisti degni di nota (44), arriva a compenetrare — per il tramite di una lettura attenta dei *recentiores* — anche lui. Nel quale convivono pure influenze bartolistiche e, so-

---

(39) *Ibidem*, quaestio XIII, n. 1.

(40) Non è privo di interesse notare che al 'Tractatus' Vaz prepone varii indici delle «leges tam regiae quam caesareae et canonicae» utilizzate nel volume e che quello «ex legibus Regni», cioè delle Ordinaçoẽs del Regno di Portogallo, è corposo al pari di quello «ex libris Digestorum»; segno di una attenzione affatto singolare per il diritto nazionale lusitano.

(41) Loc.ult.cit.

(42) *Ibidem*, quaestio XIII, n. 2.

(43) «fuit et antecessor primo iuris in Conimbrincensi Academia, Advocatus postea Curiae Supremae Olyssiponensis tandemque in ea Senator» (G.E. FRANKENAU, *Sacra Themidis Hispanae arcana*, Hannoverae, 1703, p. 189. Cfr. anche M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 325, che parla di Vaz tra i casuístas.

(44) N.J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito en Portugal no século XVI*, Lisboa, tip. E.N.P., 1964, passim ma soprattutto p. 344 ss.

prattutto, in maniera determinante, una rilevantissima attenzione verso il diritto nazionale ormai consolidato da tempo in cospicue Ordinaçoẽs e verso le consuetudini locali (45).

Il personaggio bifronte fa la sua confessione nel testo succitato: la critica erosiva alle fondazioni del dominio utile è rivolta ai giovani giuristi, che più han prestato l'orecchio alla lezione di metodologia critica dei francesi; è fatta per strappare il loro consenso, il loro plauso. L'accettazione, invece, del vecchio schema operativo nasce dall'osservazione della prassi secolare rispettata in Portogallo e dalla conoscenza del diritto regio: «verum his omnibus hodie succurritur lege Regia» (46); il fatto che le Ordinaçoẽs lo presuppongano, ne parlino, lo applichino, gli dian grosso rilievo (47), è il definitivo argomento che impone cittadinanza al dominio utile anche nelle costruzioni scientifiche. La testimonianza valaschiana è indubbiamente incoerente, ma segnala la complessità del personaggio e la complessità del clima in cui si trovano ad operare i giureconsulti più sensibili nell'àmbito dei già virulenti Stati nazionali (48).

---

(45) Che è atteggiamento comune a buona parte della letteratura giuridica neoterica anche in Spagna, in Francia, in Germania. Nella premessa ai suoi *Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae [tomi]*, Olyssipone, 1588, egli tiene a sottolineare lo scopo specifico della raccolta: «cum enim quae hactenus scripta sunt consulentium volumina non ad patriae nostrae mores ac praxim referantur et pleraque, quae in brevi sermone concludi poterant, sint in largissimas disputationes et pene infinitas allegationes ostentationis gratia dilatata, decrevi ego patrias questiones et in hoc Regno frequentiores commemorare ac quid ipse in illis responderim ex facto consultus referre quidve in illis praxis hodierna servet». Dove, accanto al grande rispetto per la *praxis* portoghese vigente, v'è un sentimento critico di viva insofferenza per la pletorica, involuta e sterile produzione dei giuristi contemporanei.

(46) *Tractatus de iure emphyteutico*, cit., quaestio XIII, n. 6, in fine, dove si fa cenno a una *lex regia* che risolve definitivamente, almeno in Portogallo, il problema secolare della validità di quel *libellum litis* in cui il *dominus utilis* si propone semplicemente come 'dominus vel proprietarius', e lo risolve a favore dell'utilista, per la piena validità del libello.

(47) Come è dimostrato dal caso menzionato nella nota precedente, dove il *dominus utilis* è considerato *sic et simpliciter* 'dominus'.

(48) Un esempio ce lo dà in Spagna il giurista cinquecentesco Juan Ibañez Parladorio, che trova decisivo a favore dell'accoglimento dello schema e del termine del dominio utile la sua recezione nel diritto nazionale: «non invitus hanc utilis et directi dominii differentiam probaverim, praesertim cum iure Regio eam receptam esse videamus» (Ioannis Yañez Parladorii... *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia et que-*

All'insegna di una sostanziale incoerenza, che diventa quasi schizofrenia del personaggio, è la lezione di Rittershausen, che non è soltanto — come Vaz — lambito dai flussi neoterici ma ne è intimamente pervaso a causa degli studi da lui condotti a Helmstädt sotto Borcholten e in Altdorf e Ingolstadt sotto van Giffen ([49]). Ascoltiamolo:

> «Non satis convenienter iuri civili et mori loquendi elegantioribus iurisconsultis recepto dicitur dominium aliud utile, aliud directum, ut docuit Duarenus... Neque enim duo in solidum eiusdem rei domini esse possunt.... Et vero illa distinctio propria est actionum, quarum aliae sunt directae, aliae utiles... In foro quidem certe et in communi usu loquendi nihil crebrius audias quam dominium directum, dominium utile, dominus utilis et dominus directus. Suaserim autem, ut hic quoque (quod saepe alias faciendum) sentias cum paucis, loquare cum multis, alioquin odiosus atque invisus eris omnibus, si verborum pugnam excitare velis, cum de re ipsa constat; verba nam valent usu ut nummi et vim omnem ab impositione hominum sortiuntur» ([50]).

Poco prima aveva definito il feudatario:

> «Vasallus est quasi dominus sive (ut vulgo loquuntur) habet utile dominium, directo remanente penes seniorem» ([51]).

Il conflitto è tra la raffinata consapevolezza di quanto si pretenderebbe in nome della *elegantia iuris* e la convinzione dell'esistenza d'un costume diffusissimo e radicatissimo anche se riprovevole. Prevale il modello culto sulla prassi grossolana? La soluzione è invece mediana o, se vogliamo, nicodemistica. Anche se trapassare dall'*actio utilis* al *dominium utile* è sicuramente scorretto sotto il profilo tecnico-romanistico, non è infondato percepire il vassallo come titolare d'una posizione sostanzialmente dominativa, perché è stato (ed è nel Cinquecento tedesco) il risultato d'una pratica plurisecolare fondata nell'uso e consolidata nei tribunali. Se sulla *res*

---

stiones practicae forenses duodeviginti (1579), Amstelaedami, 1688, differentia XXVIII - *Inter dominium directum et utile, quasi dominium et inter reivindicationem et publicianam*, n. 4.

([49]) R. Stintzing, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, I, München/Leipzig, Oldenbourg, 1880 (rist. anast. Aalen, 1957) p. 414, che sottolinea l'operosità di Rittershausen anche come editore di fonti classiche (p. 416 ss.).

([50]) Conradi Rittershusii *Partitiones iuris feudalis*, cit., pp. 96-97.

([51]) *Ibidem*, p. 83.

ipsa si concorda, si può allora avere qualche indulgenza verbale per non esiliarsi troppo dal ceto dei giuristi, e si può pagare lo scotto di usare anche l'erronea terminologia diffusa parlando — come nel secondo testo — di «quasi dominium sive utile dominium».

Si tratta di un sacrificio grosso, perché sancisce una incoerenza tra convinzione tecnica ed espressione verbale, tra sentimento del vero riserbato a pochi giuristi eletti («sentias cum paucis») e linguaggio quotidiano noto ed accetto a tutti («loquare cum multis»), ma è un sacrificio che proprio la attenzione (e non il dispregio) verso la prassi rende sostenibile. Nicodemismo, forse, ma anche e soprattutto visione realistica del lavoro del giurista nel tessuto sociale.

5. Fin qui, disagi, incoerenze, mediazioni tra consapevolezza teorica ed esigenze della effettività quotidiana, ma vi sono anche atteggiamenti meno sofferti.

Un personaggio come Zasius, uomo di frontiera tra vecchio e nuovo, non ha dubbi nell'accogliere pienamente quanto il suo occhio di osservatore sensibile della esperienza socio-giuridica gli permetteva di percepire nelle campagne intorno alla sua Freiburg; solo che sposando armonicamente alla sensibilità per l'effettivo-quotidiano una pari sensibilità culturale, il dominio diretto e il dominio utile sono sorpresi, in un momento in cui ricomincia a circolare la recuperata idea della unitarietà della proprietà, come dei *gradus in dominio*. Altra volta ci siamo diffusi sulla singolarissima ed eloquentissima analisi e ricostruzione di Zasius; limitandoci a questo accenno, non possiamo che rinviare a quella precedente ricerca (52) il lettore che volesse saperne di più.

Venata insieme di sensibilità e di impassibilità ma niente affatto tormentata nelle sue scelte è anche la testimonianza di un maestro che si situa nei primi ambulacri degli itinerari neoterici, e anche lui uomo di spartiacque, Andrea Alciato. Nei *Parerga*, opera della compiuta maturità del maestro milanese (53), il capitolo dedicato a

---

(52) Cfr. P. GROSSI, *'Gradus in dominio' (Zasius e la teorica del dominio diviso)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), p. 373 ss.

(53) Dei *Parerga* i primi tre libri appaiono a Basilea nel 1538 e risalgono agli anni del primo insegnamento pavese di Alciato (1533-37) (cfr. R. ABBONDANZA, *Alciato, Andrea*, in *Dizionario biografico degli italiani*, II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 73; ID., *La vie*

spiegare «dominium in iure quot modis accipiatur», fra dottissime citazioni di autori greci e latini, continua a recare indiscusso l'insegnamento bartoliano:

> «Dominium — inquit Bartolus — est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi legis vel testatoris adsit prohibitio. Aliud autem est directum, aliud utile, quale est quod emphyteuta vel perpetuarius cliens habet. Sed praeter hanc distinctionem iure etiam alias species invenire est...» ([54]),

dove il genere *dominium* è senza alcun problema scisso nelle due *species* consuete della vecchia e tralatizia sistematica.

Ugualmente riposata e certa nelle conclusioni, ugualmente dominata dall'ombra incombente di Bartolo, ma sorretta da un argomentare non privo di segni nuovi è la pagina dell'ampio commento al titolo 'de acquirenda vel amittenda possessione' del Digesto ([55]):

> «Sed quotuplex dicemus esse dominium? Et Bartolus receptiore sententia tradidit duplex esse. Aliud enim directum, aliud utile appellari [l. Possessores, fi.C. de fundis patrimonialibus, lib. XI]. At alii unicum duntaxat dominium esse dixerunt, cuius pars sit illud quod utile dicitur. Imminuit enim alterius utilitatem. Quae controversia magis verborum quam effectus est. Est ergo dominium directum plenarium, quotiescumque nullus alius in ea re ius habet. Etenim dicitur res pleno iure ad nos spectare, quae nulla ex parte imminuta est. Sane imminuitur id dominium quandoque maximum in modum, ut cum alius non tantum possedit rem ipsam, sed etiam longissimo tempore praescripsit, quo casu omnis eius effectus legis autoritate evanescit .... Imminuitur etiam, sed minus quoties alius in ipsa re ius utile praetendit, ut quia res in vectigal seu emphyteusin sit data vel in clientelarem fiduciam vel etiam alius in ea superficiarius sit constitutus. Idem si ad longum tempus existat conductor... Et haec quidém de dominio directo satis: quibus consequens est ut etiam cognosci varia utilis dominii natura possit. Aliud enim est quod directo adversatur..., quod et verum dominium appellari potest

---

et les oeuvres d'André Alciat, in *Pédagogues et juristes-Congrès du Centre d'Etudes Supérieures de la Renaissance de Tours-Eté 1960*, Paris, Vrin, 1963, p. 103).

([54]) ANDREAE ALCIATI..... ΠΑΡΕΡΓΩΝ juris libri tres..., Lugduni, 1538, lib. II, cap. XV.

([55]) *Commentaria in aliquot titulos et leges Digesti Novi-ad l.XV, Rem quae nobis, §. Differentia, ff. de acquirenda et amittenda possessione*, in ANDREAE ALCIATI....*Lucubrationum in ius civile et pontificium tomus VI*..., Basileae, 1571. Anche se Alciato suggerisce una sua (e poco puntuale, e certamente non nuova) definizione di *dominium* («ius atque auctoritas in re nostra vendicationem nobis aliosque effectus pariens») (n. 6), la definizione bartoliana continua a farla da padrone (n. 7) con la sola insinuazione di un dubbio — fondato su ragioni testuali — a proposito della possibilità teorica di un *dominium rerum incorporalium* (nn. 9 e 14).

diciturque is qui praescriptione tutus est, pleno iure dominus esse. Potest et proprietarius appellari... Aliud est quod directum agnoscit illique subiicitur, quale est emphyteutae, clientis et similium, et tales quoque (ut ego sentio) possunt recte proprietarii vocari, quia lex dicit habere eos possessionis proprietatem [l. Locorum, C. de omni agro deserto] ideoque perpetuarii appellantur, quia ius perpetuum habent...» (56).

Chi ha appena un po' di familiarità con le pagine di glossatori e commentatori, avverte con precisione che vecchie sono sia la sistemazione sia l'argomentazione tecnica: il consueto riferimento testuale alla l. Possessores per fondare i due dominii, l'utile e il diretto; varii dominii utili — quello che avversa il diretto, com'è nel caso della prescrizione, quello che al diretto risulta sottomesso, com'è nel caso dell'enfiteuta e del vassallo; si recepisce perfino quell'opinione comune, spesso e violentemente combattuta, secondo la quale in seguito alla prescrizione si acquisisce il solo dominio utile.

Accanto, alcuni segni che denunciano una visione, al tempo stesso, spregiudicata e sensibile alle nuove istanze.

In primo luogo, quel relegare tra le dispute nominalistiche la vecchia controversia se il *dominium* sia unico o plurimo, risolvere la relazione dominio diretto/dominio utile come un'erosione (*imminutio*) all'interno di un *dominium* sentito abbastanza unitariamente. Le più o meno pesanti *imminutiones*, di cui parla Alciato, ricordano i *gradus in dominio* inventati da Zasius. La categoria del dominio utile non è discussa, è accettata, ma è sentita — da questi *homines novi* in bilico tra passato e futuro — in costante dialettica con una nozione di proprietà che tende a essere unitaria; è accettata ma anche un pò deformata rispetto alle enunciazioni limpide e nette della originaria teorica del dominio diviso.

In secondo luogo, la tranquilla convinzione che enfiteuta, vassallo e superficiario siano *proprietarii*, assegnando loro un titolo che il diritto comune classico aveva riserbato al solo dominio diretto. L'appiglio testuale è nella tarda costituzione di Arcadio ed Onorio dove la terminologia ormai involgarita segnala figure vaghe e grezze di situazioni reali che nulla hanno più a spartire con i disegni a inchiostro di China della giurisprudenza classica, ma inevitabilmente il proprietario alciateo ricorda il *propriétaire* di Dumoulin. Ha

(56) *Ad l.XV, Rem quae nobis, §. Differentia*, cit., nn. 10-11-12.

portato qualcosa alla consapevolezza di Alciato la sua lunga frequentazione in terra di Francia — ad Avignone, a Bourges — dove ormai, lo sappiamo bene, enfiteuti, vassalli e superficiarii sono, nel Cinquecento, dei *propriétaires*?

L'accettazione non problematica del dominio utile è tuttavia circostanza abbastanza diffusa fra i neoterici, soprattutto in area germanica dove più tenaci sono le resistenze delle radici bartolistiche: così nell'allievo di Zasius, Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588) ([57]), così in Johann Schneidewin (1519-1568) ([58]), così nel fiammingo Matthaeus Wesenbeck (1531-1586) ([59]), tutti per-

---

([57]) IOACHIMI MYNSINGERI A FRUNDECK... *In quatuor libros Institutionum iuris civilis scholia* (1555), Venetiis, lib. 1590, II, in rubr. De rerum divisione, nn. 15-16 («dominium partes habet duas, scilicet usumfructum et proprietatem, species item duas, directum dominium et utile. Directum est sine fructu, cum spe tamen consolidationis, quale est quod habet dominus feudi emphyteusi soli. Utile dicitur, quod cum fructu est, quale habet vasallus, emphyteuta, superficiarius. Bartolus utile dominium subdividit....»). Cfr. anche IOACHIMI MYNSINGERI A FRUNDECK... *Singularium observationum Imperialis Camerae centuriae VI*, Lipsiae, 1591, centuria VI, observatio C, n. 13 (p. 651).

([58]) JOANNIS SCHNEIDEWINI... *In quatuor Institutionum Imperialium D. Iustiniani libros commentaria* (1573), Lugduni, 1681, lib. II - De rerum divisione, §. Singulorum — *Quotuplex est dominium?*, nn. 4 e 5: «Bartolus et communiter Doctores... duas species dominii esse tradunt, ita quod dominium aliud sit directum seu superius, aliud utile seu inferius per textum in Auth. Si vero dominus, iuncta glossa I. et glossa in verbo Principalis, C. de haeret. et per textum in l. Possessores, 12, C. de fundis patrimonialibus, lib. 11, in fine, ubi emphyteuta dicitur dominus et tamen constat alium esse dominum, illum scilicet cui solvitur census l. 3, in fin, ff. si ager vectigalis vel emphyteuticarius. Ergo necesse est eos esse dominos diversa specie dominii, quia una et eadem specie dominii duo in solidum non possunt esse domini... Directum dicitur quod habet dominus superior in rebus feudalibus et emphyteuticis, et est sine fructu, cum spe tamen consolidationis: ideo interim civilem possessionem feudi dominus in animo retinet. Utile vero dicitur quod habet vasallus et emphyteuta in bonis feudalibus et emphyteuticis, et hoc dominium est cum fructu, et vasallus naturalem habet possessionem feudi. Et utile dominium subdividitur per Bartolum...». Si noti l'apparato testuale, che è totalmente quello della vecchia *iurisprudentia* medievale, dalla autentica federiciana Si vero dominus alla l. Possessores, ivi compresa la famigerata l. Agri civitatum del titolo 'si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur' del Digesto, che gli umanisti conclamano — e non a torto, da uno strettissimo punto di vista esegetico — fraintesa dagli accursiani. Johann Schneidewin, allievo di Kling, docente a Wittenberg, «als Beisitzer des Hofgerichts, Consulent und kurfürstlicher Rath war er gleich seinen Collegen mit praktischen Geschäften überladen», come ben dice Stintzing (Cfr. STINTZING, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., I, p. 309).

([59]) MATTHAEI WESENBECII *In Pandectas iuris civilis et Codicis Justiniani libros*

sonaggi assai compromessi con la pratica giuridica e tutti personaggi culturalmente di mediazione.

La divisione del dominio nei suoi termini tradizionali è anche al centro della sistemazione logicizzante di Johann Thomas Frey (Freigius) (1543-1583), e ciò può sorprendere non poco chi pensa all'allievo di Pietro Ramo, all'umanista filologicamente e filosoficamente assai nutrito, che voleva attingere direttamente — senza le mediazioni dei Commentatori — anche alle fonti originali e originarie del diritto romano (60). Ma Frey è un personaggio complesso, come lo sono un po' tutti questi sensibilissimi giuristi che avvertono intensamente di vivere su una terra di confine, lambita ancora dal passato anche se felicemente proiettata nel futuro; è personaggio complesso anche per quella congiunzione inscindibile fra teoria e pratica, che è croce e privilegio dell'atteggiamento neoterico.

Una siffatta congiunzione è in Frey particolarmente marcata. Non dimentichiamoci che sotto una medesima insegna metodologica debbono collocarsi le due opere del Nostro che più potrebbero apparire distanziate per formazione e concezione, le *Partitiones iuris utriusque*, una limpida sistemazione dell'ordine giuridico disegnata in una nuova sintetica esposizione grafica (61), e la *Neüwe Practica Juris*, una sorta di 'manuale' in volgare rivolto a cogliere il senso della prassi tedesca contemporanea (62); e l'insegna è precisamente quella degnità che Frey esprime bene nella *Vorred* alla *Neüwe Practica Juris*: «die Practick auff die Theorik und inwider die Theorik auff die Practick gehn soll» (63).

---

commentarii olim Paratitla dicti (1565), Francofurti, 1619, lib. XLI — De acquirendo rerum dominio, titulus I, n. 4: «Dominii species, etsi plures sunt, tamen usitate ita dividimus, ut aliud sit plenum et absolutum, aliud minus plenum.... atque hoc aliud directum, aliud utile. Nam cum utilitas dominii in fructu rei sit, qui hunc percipit iure suo plenum habere dominium dicitur, qui eo caret cum spe tamen aliquando adipiscendi ex iure suo, directum cuiusmodi est penes dominum feudi et emphyteuseos. Cui vero utilitates rei obveniunt, non omnino iure proprio sed quod aliunde dependeat, huius utile dominium esse dicimus, cuiusmodi habent vasallus, emphyteuta, superficiarius...».

(60) A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 77.

(61) IOAN. THOMAE FREIGII *Partitiones iuris utriusque*, Basileae, 1571.

(62) IO. TH FREY, *Neüwe Practica Iuris und Formulen oder Concepten*, Basel, 1574. Approfitto per ringraziare sinceramente l'amico Aldo Mazzacane per avermi fatto avere — con squisita cortesia — la fotocopia in suo possesso di questo raro volume.

(63) *Neüwe Practica Iuris*, cit., f. II.

Ebbene, si legga la dedica a Wolfgang Streith che Frey premette alle *Partitiones* e sarà immediatamente fugata l'idea che quest'opera possa essere un'avventura meramente astratta sulla scorta delle dottrine ramiste: concerne «omnes iuris studiosos», cioè «omnes professores» ma anche «omnes iudices» ed ha una finalità complessa «ad discendum, docendum, iudicandum»; in essa v'è una rivisitazione di tutto il patrimonio dottrinale degli antichi, dei medievali e dei *recentiores* non solo alla luce della pura razionalità, ma anche della realtà usuale con la quale sempre si deve misurare la *iurisprudentia* (64). Si legga anche la *Vorred* della *Neüwe Practica*, che non è soltanto un ammasso di formule utili, ma, poiché Freigius non ha dubbi nel rispondere positivamente alla domanda «ob ein jurist auch ein Logicus sein könne oder solle» e nel rispondere sottolineando come dovere culturale questa dimensione logica del giurista, è anche una teoria con inabdicabile valore formativo (65).

Sempre, insomma, sorregge l'analisi di Frey la convinzione che il diritto è, insieme, intelaiatura logica ordinante, e, in quanto tale, è ordinamento di uomini e cose viventi nel tempo e nello spazio, e che ha nella prassi un terreno ineliminabile di verifica, «das einem juristen nicht allein in Büchern zů ligen, sonder auch der Weltlauff und tägliche übung zů bedencken sein will» (66), come si esprime nella stessa puntualissima *Vorred* alla *Neüwe Practica*. Se v'è un pensiero alieno a Frey, è che il giurista sia uomo di libri e che libresca possa essere la sua cultura; la sua cultura, invece, pena l'isterilimento e l'inanizione, dovrà sempre misurarsi con il *Weltlauff* e con la *tägliche übung*. Per questo, il suo messaggio è complesso; per questo, accanto all'umanistico desiderio di poter arrivare alla purezza del diritto romano come lo vollero e lo strutturarono gli antichi pensatori e legislatori, può convivere lo studio di quel

---

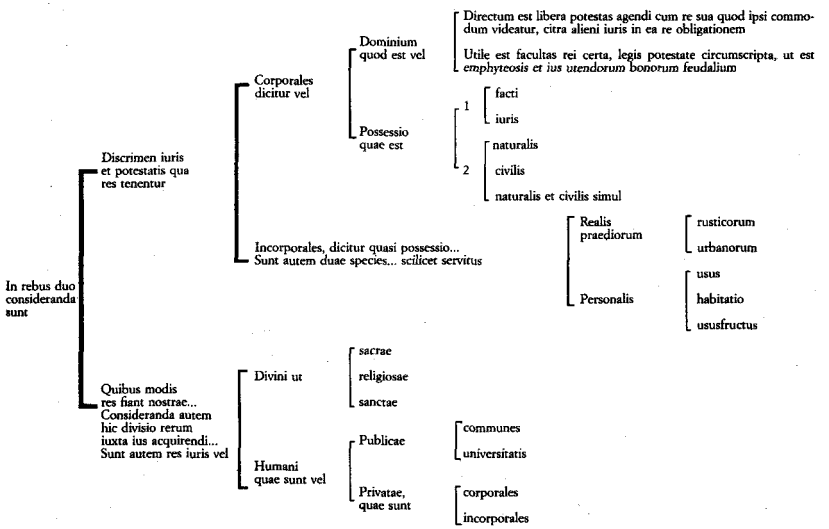
(64) «In his partitionibus iuris disciplina non tantum e veterum I.C. libris deprompta, sed etiam ex Doctorum recentium commentariis excerpta, et Ciceronis vel Crassi methodo in primis conformata ita est, ut quicquid vel Civilis vel Canonici iuris arculae, quicquid fere Bartoli et aliorum Doctorum commentarii utile complectuntur, hic non solum via et ratione descriptum sit, sed usu etiam iurisprudentiae magistro demonstratum et illustratum».

(65) Il testo della *Vorred* è opportunamente sottolineato da MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, cit., p. 76. Il testo è nel f. III.

(66) *Neüwe Practica iuris*, cit., f. I.

Bartolo o di quell'Accursio che circolano ancora con successo nel foro; per questo la dottrina del dominio divisio, schema operativo universalmente praticato nella *tägliche übung* tedesca intorno a Frey, può e deve stare al centro della sistemazione giuridica del reale.

Diamogli uno sguardo nel grafico che egli stesso confeziona e inserisce nelle *Partitiones* (67):



I due *dominia*, sia l'utile che il diretto, in quanto *dominia*, attengono alla sostanza fenomenica della *res* e non hanno nulla da spartire con le servitù reali e personali, che appartengono all'universo distinto e minore delle *res incorporales*, degli *iura*, separati dalla sostanza fenomenica di un bene e attinenti alle sue sole qualità esterne. Il grafico freigiano, nella sua efficacissima schematizzazione visiva, ha il merito di disegnarlo con forza: il discrimine concettuale è essenziale; *dominium utile* e *servitus* appartengono ad universi opposti, anche se nell'apparenza un'enfiteusi (o un feudo) può sembrare onere reale sul bene al pari d'una qualsiasi servitù; la prima è dominio, la seconda no.

(67) *Partitiones iuris utriusque*, cit., p. 10 recto.

Quanto alle definizioni dei due *dominia*, non crediamo che si possa trarre alcuna conseguenza dall'uso diversificato di termini quali *facultas* e *potestas*. Come attestano i lessici giuridici contemporanei a Frey, *facultas* vale *potestas* nel vocabolario tecnico, può soltanto significare «facilis potestas» (68). Una caratterizzazione umanistica potrebbe — se mai — reperirsi nella accentuazione della *libertas* del potere per il padrone diretto e nella sua limitatezza per il padrone utile, anche se è facile constatare che la libertà del primo è teorica, limitata di fatto dagli *aliena iura in ea re* che possono riuscire anche pesantissimi, e che il potere definito, sempre definito, del secondo può, di fatto, rappresentare la sostanza economica del bene.

Un tributo sicuramente umanistico Frey lo paga quando, in altra sua opera, i *Paratitla*, l'operazione dei glossatori intorno alla divisione del dominio in utile e diretto è paragonata alla distinzione antica fra dominio quiritario e bonitario, di cui è traccia nella Parafrasi di Teofilo alle Istituzioni. Quasi una giustificazione culta, *prima facie* suadente, della imbarazzante teorica del dominio diviso (69).

6. L'ultimo accenno, che si legge nei *Paratitla* di Freigius, contiene qualcosa di più che una semplice accettazione del dominio diviso e di un dominio utile; ne contiene infatti un tentativo di giustificazione ed apre un capitolo ulteriore di questa nostra ricerca. L'ultimo, ma senza dubbio non il meno rilevante: è infatti — sotto il profilo culturale — di non poco interesse seguire una nutrita schiera di neoterici, che si spinge fino ad assumere un atteggiamento positivo di fronte alla vituperata categoria medievale e a darne conto con argomentazioni fondate sia su un piano 'politico' che su quello più specificamente tecnico-giuridico.

---

(68) Jacob SPIEGEL, *Lexicon iuris civilis*, Lugduni, 1545, ad vocem 'facultas'.

(69) IOAN. THOMAE FREIGII *Paratitla seu synopsis Pandectarum iuris civilis* ..., Basileae, 1583, ad lib. VI, ad tit. III - Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur. p. 213, dove parla dei 'praedia provincialia' la cui sola *possessio* spettava ai provinciali ma non la *proprietas*: «unde duplex dominium introductum est, quiritarium et bonitarium, ut Theophilus appellat; Accursiani vocant illud directum, in quo proprietas est, hoc utile, in quo est ius utendi fruendi». Il riferimento a Teofilo concerne un testo specifico in cui il maestro bizantino segna la distinzione con straordinaria nettezza, e cioè: *Paraphrasis*, 1, 5, 10-15, p. 25 (ed. Ferrini).

La prima grossa argomentazione che affiora è quella che potremmo chiamare ontologica: si può discettare all'infinito sulla inesistenza nel *Corpus iuris* della terminologia usata dagli accursiani e si può anche storcere il naso sugli appigli esegetici escogitati per dargli una base, ma il dominio diretto e il dominio utile sono dei protagonisti della vita giuridica del Cinquecento; e lo sono, anche se si riesce a dimostrare artificioso e inattendibile il castello di legami con le *actiones utiles* su cui i medievali hanno tanto insistito. I due dominii sono infatti validi «de per se», perché sono scritti nella natura delle cose sociali ed economiche.

È Dumoulin, il quale, dopo avere avuto il coraggio di urlare ai dotti di tutta Europa che in Francia il vassallo è *propriétaire*, rompe gli indugi ed entra in sostanziale polemica con gli schifiltosi giureconsulti contemporanei:

> «Fateor in iure nullum esse textum, in quo dominium vocetur directum vel utile, sed sunt verba magistralia quae non reprobo, sed laudo, quia sunt de mente iuris et ad methodicam doctrinam necessaria, non solum in consequentiam actionis directae et utilis, quae frequens est in iure,.... sed etiam de per se, ut unico verbulo absque taediosa et molesta periphrasi, significare possimus quando de utili tantum et non de directo dominio loquimur» (70).

Il gioco delle parti qui appare invertito, e il dominio utile lascia la posizione di imputato per sentirsi apostrofato da un espresso e incondizionato elogio. Non solo: ma sono gli stessi bartolisti a veder valutata in modo completamente invertito la loro opera: anche se non hanno rispettato il lessico dell'antico sistema giuridico, ne hanno rispettato la *mens*. Di più: hanno elaborato uno schema che costituisce un affinamento della conoscenza giuridica addirittura sul piano metodologico.

Dumoulin, cioè, rivaluta la categoria del dominio utile proprio su quel piano della razionalizzazione del sistema giuridico, che è la finalità più sentita dai culti e anche la più sbandierata rispetto all'alluvionale e irrazionale pseudo-sistema dei medievali. La categoria eccelle per il suo carattere ordinativo, per la sua capacità di

---

(70) Caroli MOLINAEI *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., t. I, tit. II, *De censive*, §. LXXVIII, glo. IIII, in ver. Seigneur censier ou foncier, n. 5.

mettere un po' d'ordine nel caotico mondo medievale e post-medievale dei diritti reali. Interessa poco a Dumoulin il trapasso *actio utilis/dominium utile*. Quell'*unicum verbulum* inventato dai dottori ha compiuto il miracolo di mettere ordine dove prima non c'era, ha dato un volto e un nome a situazioni prima tecnicamente sfumate e ambigue. Ai Dottori il merito di aver letto la realtà economica, di avervi scorto questa tensione a moltiplicare le figure dell'appartenenza e a trasportare in essa tante posizioni di effettività sul bene. Se non fossero approdati al dominio utile, avrebbero mancato al loro cómpito primario, non avrebbero corrisposto all'attesa della società e della cultura medievali.

Dumoulin è indagatore coraggioso, come anche meglio dimostrano certi suoi interventi su temi scottantissimi quali il valore della moneta o il divieto dell'usura (71), ed è personalità vivace e riottosa, incline alle affermazioni solitarie e scomode, ma il succo dei suoi argomenti lo si ritrova pressoché identico anche nella pagina di un più modesto giurista francese, che scrive nella metà del Cinquecento e che pur sente profondamente il fascino delle correnti umanistiche, Pierre Cousteau:

> «Quia autem de dominio directo et utili mentionem fecimus, admonendi sumus illa vocabula esse vocabula magistrorum, non iuris, sed tamen ex re ipsa nata sunt. Nam est dominium directum quod et proprietas dicitur; novo autem iure [in Auth. Si vero dominus, C. de haereticis] et fere moribus omnium dominium principale et dominium superius nuncupatur, quod solet habere is qui plenus vel superior dominus est, pro quo et directa actio in rem accommodari solet. Est et aliud dominium inferius, puta cum proprietas penes alium est, ut in eo qui habet a domino fundum in emphyteusim... vel qui ad longum tempus conductum tenet, vel qui habet ex concessione feudi. Et hi non absurde utiles domini appellati sunt, quod eis utilis actio soleat applicari» (72).

Ex re ipsa nata sunt. Anche qui, come in Molinaeus, è il carattere non artificioso della invenzione dei maestri di diritto, che emerge

---

(71) Cfr. J.L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566) - Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, p. 348 ss.

(72) PETRI COSTALII... *Ad XXV. libros priores Pandectarum Iustiniani Imperatoris adversaria* (1554) ..., Coloniae, 1597, in tit. Si ager vectigalis, id est emphyteutic. petatur. Il fascino delle correnti umanistiche Pierre Cousteau lo aveva soprattutto dimostrato in una singolare rivisitazione della storia antica: *Pegma cum narrationibus philosophicis* (1555).

limpidamente. Essa è scritta nelle cose, è confermata dalla recezione nella prassi consuetudinaria universale e nel nuovo diritto imperiale; insomma una costruzione ben lontana da quell'assurdità sotto la cui insegna i neoterici puristi avevano cercato di collocarla con critica feroce (73).

Sulla sua funzionalità saranno in molti a pronunziarsi: mentre un giurista assai coinvolto nella pratica, Louis Charondas Le Caron, confessa che «elle ne me semble si inepte» e la ritiene anzi, con gli stessi argomenti di Dumoulin, una sistemazione giuridica appropriata alla organizzazione fondiaria delle terre francesi (74), qualcuno ne sottolinea il grosso valore didattico per aver ridotto in uno schema semplice e limpido assetti materiali grossolanamente disegnati dall'uso (75), qualcuno — ribadendone la validità didattica — verifica a suo fondamento nuovi argomenti esegetici (76).

---

(73) Significativo, anche se non isolato (la utilizza, per esempio, Schneidewin citato alla nota 58), il riferimento alla autentica federiciana 'Si vero dominus' inserita nel titolo 'de haereticis et manichaeis' del Codice vulgato.

(74) Loys Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois* (1587), Paris, 1607, l. II, chap. XIX, p. 188: «Les anciens docteurs et practiciens ont divisé le domaine en direct et utile ou proufitable à l'exemple des actions directes et utiles, laquelle division a esté fort debatüe par les nouveaux iurisconsultes, lesquels pour ceste cause ont mieux aymé definir le fief usufruict. Toutefois elle ne me semble si inepte et ne trouve grande difference de nommer le premier et principal seigneur direct comme celuy duquel un autre tient en censive ou emphyteose, et le proprietaire tenant en censive ou emphyteose, seigneur utile: car nous lisons que l'emphyteote jouyt des droicts de seigneur l. I D. si ager vect. Et est appellé seigneur in l. Possessores, in fin. C., de fundis patrim. lib. 11. Quant au vassal, puis qu'en France les fiefs sont reduits à l'exemple des autres heritages, il est vray seigneur et tel se peut dire et non usufruictier, ains proprietaire...». Il testo non abbisogna di spiegazione. Una sola nota: a Le Caron la teorica del dominio diviso non appare 'inepte'; era invece una delle 'ineptiae' contaminatrici dello *ius civile* secondo il rigorista Marc Antoine Muret che abbiamo citato più sopra, a p. 249. Sul «vernacular humanism» di Le Caron si vedano le pagine chiarificatrici di D.R. Kelley, *Louis Le Caron philosophe* (1976), ora in *History, Law and the Human Sciences — Medieval and Renaissance Perspectives*, London, Variorum Reprints, 1984, p. 37.

(75) «Verum, quoniam, ut alibi diximus et tradunt Horatius et Quintilianus, docendi causa in unaquaque disciplina necesse est atque expedit ut nova aliquando consignantur vocabula, quae rem dilucidius explicent facilioremque reddant, non invitus hanc utilis et directi dominii differentiam probaverim...» (Joannis Yañez Parladorii *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, cit., differentia XXVIII, n. 4.

(76) È Johannes Göddäus (1555-1632), il quale conclude così il suo discorso: «puto igitur eam Doctorum distinctionem docendi caussa retineri posse» (Johannis

Un discorso, che si prospetta ontologico ed esegetico insieme, è in Jean Coras. Questi, dopo aver manifestato con franchezza la sua adesione al concetto di dominio utile in un lavoro esegetico sulla l. Naturaliter (77), dedica un intero capo della sua miscellanea civilistica a dibattere il problema della dottrina del dominio diviso:

> «Dominium partiri solent ita interpretes, ut aliud sit directum, aliud utile. Et utile duplex, alterum quod opponitur, contradicit et veluti in faciem resistit directo, quale est illud quod ex praescriptione quaeritur... Alterum, quod directum recognoscit, quale est illud quod emphyteuta, superficiarius et si qui similes sunt habent.... Nec defuerunt veteres, qui hanc dominii divisionem negarent, unicum tantum dominium esse contendentes, quos refert et improbat Bartolus... nec nos sequimur. Quamvis enim verum sit verba haec directum et utile dominium apud iurisconsultos nusquam legi, traditionis tamen familiaris gratia hoc loquendi modo uti non recusabo. Cum enim duplex esse dominium fateri cogamur, et ego nunc revincam in haec verba directum et utile dominium directae et utilis actionis exemplo facillime concedam. Aliquando tamen placuit, iurisconsultorum verbis proprius inhaerendo dominium quod utile vocamus, Ulpiani exemplo qui simile ius servitutis et possessionis quasi servitutem et quasi possessionem dixit... quasi dominium dicere. Nam proprie et significanter dominium dici non potest.... Sed ad rem. Emphyteuta est dominus, d.l. Possessores, unde et servos ascriptitios manumittit, quod solis dominis conceditur... Concedens autem rem in emphyteusim, dominus permanet...., igitur duo dominia sunt, cum idem dominium apud duos esse non possit.... Eodemque ratiocinandi modo uti possumus in cliente seu vassallo et domino: cum uterque dominium

---

GOEDDAEI *Commentarius repetitae praelectionis in tit. XVI. libri L. Pandectarum de verborum et rerum significatione* (1590), Sigenae Nassoviorum, 1607, comment. ad L. XXVII, nn. 17-18). Göddäus trae la convinzione «non adeo ineptum esse quod Doctores tradunt» sia dall'esistenza di un'azione *utilis in rem* a tutela dei possessori di *agri vectigales*, sia dalla dizione della l. Possessores, sia soprattutto da un argomento esegetico generalmente non utilizzato: il fatto che il possessore di un *ager vectigalis* sia esonerato dalla l. Sciendum, ff. qui satisdare cogantur (D.2,8,15) dal prestare la *satisdatio*, conduce ad argomentare per il suo diretto coinvolgimento nella sfera dell'appartenenza; egli è infatti equiparato, nel frammento, al titolare della sola *proprietas* ed è nettamente differenziato dall'usufruttuario e dal creditore pignoratizio, i quali sono invece tenuti alla *satisdatio*.

(77) La l. Naturaliter §. Nihil commune, ff. de acquirenda vel amittenda possessione (D.41,2,12,1) è un famoso frammento ulpianeo, che ha costituito durante tutto lo svolgimento del diritto comune uno dei *loci* consueti per le esercitazioni dei giuristi sul tema difficile — e sentito come difficile — dei rapporti fra *proprietas, dominium, possessio*. Nel testo il riferimento è alla *Repetitio* JOANNIS CORASII *in §. nihil commune, l. Naturaliter, ff. de acquirenda possessione*, soprattutto n. 31 ss., in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen quintum*, Lugduni, 1553.

habeat... Deinde cum dicant iurisconsulti directam et utilem servitutem... et actionem directam utilemque... cur non pariter dominium directum et utile dicere possimus non plane video» (78).

L'argomentazione ontologica è la prima ed è la fondante: il dominio diretto e il dominio utile, anche se i *veteres* non li hanno mai menzionati, ci sono, sono una realtà insopprimibile nell'esperienza giuridica francese, ed è un assurdo rimuoverli dal proprio paesaggio giuridico, giacché di quel paesaggio costituiscono parte integrante. Tutto il discorso corasiano parte da una premessa maggiore: «cum enim duplex esse dominium fateri cogamur»; cui si aggiunge — ma secondariamente — l'omaggio alla *familiaris traditio*, alla prassi inveterata che è divenuta schema mentale e vocabolario tecnico nelle pagine dei giuristi. Poi, cioè *a posteriori*, giunge anche il soccorso esegetico, ma giunge a scelte fatte, per corroborarle, per salvar l'anima del raffinato conoscitore del patrimonio classico.

Seguiamo Coras nel suo discorso, che è frammentatissimo, come se si trattasse di un dialogo con se stesso, ed ha un carattere quasi confessorio: questo benedetto dominio utile, a voler essere rigorosi — «proprie et significanter» — dominio non dovrebbe essere qualificato. Infatti, «iurisconsultorum verbis propius inhaerendo», dietro Ulpiano che costruisce una *quasi-servitus* e una *quasi-possessio* per strutture analoghe alla *servitus* e alla *possessio*, dovrebbe esser piuttosto definito *quasi-dominium*; a voler essere romanisti rigorosi è questo, infatti, il massimo di costruzione a cui sarebbe lecito giungere. Poi, un brusco ritorno sostanziale sul terreno ontologico con la tenue copertura formale della consueta l. Possessores (intrusione proto-medievale nel *Corpus iuris*; si ricordi: una costituzione del 434 d.C.): «Sed ad rem. Emphyteuta est dominus»; come per dire: lasciamo le belle disquisizioni e torniamo alla concretezza della realtà dove l'enfiteuta è *dominus*, tant'è vero che manomette i servi ascritticii, prerogativa unicamente dominicale (si noti anche qui la fonte citata: una costituzione di Valentiniano e Marciano del 451

(78) IOANNIS CORASII.... *Miscellaneorum iuris civilis libri septem* (1549)...., Coloniae Agrippinae, 1590, lib. VI, caput XX-*De directo et utili dominio et verum non esse quod frequenti sermone usurpatur, praescriptione non quaeri directum dominium*, n. 2.

d.C.) (79). Infine, il richiamo al rapporto feudale, dove Coras non può fare a meno di contemplare due domini e due *dominia.*

All'incirca negli stessi anni del testo corasiano, con François Hotman, la teorica del dominio diviso ha, in Francia, la sua giustificazione, oltre che esegetica, sistematica (80). Punto di partenza è la precostituzione di una nozione assai comprensiva di *dominium:*

> «dominium quidem iure civili duplex est. Aliud infinitum, quod est ius utendi atque abutendi re quapiam, hoc est dissipandi, disperdendi, dilapidandi suo arbitratu... Aliud finitum, quod est ius certis legibus, interdum etiam ita angustis finibus circumscriptum, ut propemodum inane ac nudum esse videtur» (81).

Il *dominium* può essere costruito sul soggetto e per il soggetto e incarnarsi in una libertà illimitata di azione anche contro la natura delle cose e le esigenze della realtà economica, può consistere appunto nell'*abuti* — secondo una formula definitoria che proprio Hotman contribuisce a coniare con larghissima fortuna —, un verbo che, applicato alla cosa immobile e al fondo rustico in particolare, rende ottimamente l'idea dell'azione del soggetto violatrice del mondo degli oggetti (82). Ma vi possono essere altre dimensioni dominative reclamate da circostanze obbiettive e in cui l'azione del *dominus* ha come carattere la limitatezza. Hotman fa l'esempio dell'erede fiduciario privo del potere di alienazione, del marito rispetto al patrimonio dotale, del pupillo, del proprietario di un

---

(79) C.11,70,5.

(80) Di Hotman si prende in considerazione particolarmente la *Disputatio de feudis* (1573), in *Operum tomus secundus-pars altera*, Lugduni, 1599. Della *Disputatio* si veda soprattutto il caput XXX-*De reali feudorum iure.* Per un buon inserimento di quest'opera nella biografia intellettuale di Hotman si può leggere con profitto le pagine di D.R. KELLEY, *François Hotman-A Revolutionary's Ordeal*, Princeton, Univ. Press, 1973, pp. 202-204, 227 ss.

(81) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874, lettere D ed E.

(82) Come lo stesso Hotman ha cura, in altra sede, di precisare, «abuti veteres dicebant pro eo quod est utendo consumere, conficere, exstinguere» (FRANC. HOTMANI *Commentarius de verbis iuris*, in *Operum tomus primus* — pars altera, Lugduni, 1599, ad vocem 'Abuti', c. 486. Se ciò è secondo la natura delle cose consumabili (per esempio, il danaro), ciò è contro la natura delle cose inconsumabili (per esempio, il fondo rustico).

bene gravato da usufrutto, del concedente rispetto al fondo concesso in enfiteusi (83). Tutti «dominia finita» ma *dominia*.

È entro questa categoria che trovano una nicchia conveniente anche il 'diretto' e l''utile':

> «Rursus istius finiti dominii video duas species a scholasticis doctoribus constitutas: ut aliud sit directum, aliud utile. Illud, cuius nomine directa; hoc, cuius nomine utilis actio concedebatur. Quae distinctio etsi nominatim a veteribus iurisconsultis non usurpatur, tamen ab illorum consuetudine in nominum concisionibus non abhorret» (84).

La giustificazione da sistematica si fa esegetica, e serpeggia una implicita accusa di nominalismo per i troppo culti colleghi che si sono stracciati le vesti a causa del dominio utile. Ad un sistema — come quello romano — che ha fatto spregiudicamente uso della categoria plastica delle azioni utili e che ha disegnato (anche se tardivamente) un *dominium bonitarium* contrapposto al *quiritarium*, non può invece ripugnare un simile concetto (85). Ed è falsante rilevare una assenza terminologica e trasportare questa assenza sul piano concettuale. Conclusione: i Glossatori, formalizzando l'invenzione del dominio utile, hanno corrisposto alla esigenza — proveniente dalla prassi — di definire parecchie situazioni sostanzialmente dominative (86) e non hanno affatto violato, come da taluno si pretende, lo spirito del diritto romano.

Il *dominium directum* e il *dominium utile*, che ai più acri e unilaterali degli *homines novi* eran sembrati dei *somnia* (nella migliore delle ipotesi) o delle *feces* (nella peggiore), riconquistano la dignità di invenzioni funzionali, sembrano nuovamente meritare rispetto insieme agli artefici che li avevano disegnati. Tra il coro delle

---

(83) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874 lettere E ed F.

(84) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874 lettere F ed G.

(85) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874 lettera G e col. 875, lettera A.

(86) «Non omnino igitur incommode veterum Doctorum instituto statuemus, cum et senior et vassallus praedii dominium finitum habeant: tum vero illum esse dominum directum, hunc dominum utilem» (*Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 875, lett. A). E fa riferimento alla *actio utilis* del conduttore vettigalista, alla *actio arborum furtim caesarum* e alla *actio aquae pluviae arcendae* «quae dominorum caussa comparata est»è; alla circostanza eloquente che il vassallo ha la *rei venditio*, «proprietatis nomine et agere et conveniri potest... quin etiam servitutem tamquam in suo adquirere» (loc.ult.cit., lettere B e C).

giustificazioni, che pur si levano nel corso del secolo decimosesto, anche i tanto vituperati Accursiani riescono a ottenere qualche riconoscimento. A fine secolo, quando un autore come il tedesco Peter Heig (1558-1599) è in grado di fare un bilancio di tutto il movimentato scenario cinquecentesco e di citare un po' tutte le *dramatis personae* (87), si giungerà a un tentativo di storicizzazione. Coras aveva parlato del dominio utile come scelta obbligata per lui 'moderno': *duplex esse dominium fateri cogimur.* Heig parla del dominio utile come scelta obbligata per i medievali: «necessitas veteres coëgit ad distinctiones superiores» (88). Il dominio diviso è finalmente storicizzato, ed appare infatti per quel che storicamente è: la conseguenza non illegittima, a livello di riflessione scientifica, dell'assetto fondiario medievale. È un assurdo il ricercarlo nel *Corpus iuris*, dove non può esistere e dove non avrebbe avuto senso perché futuribile riguardo alla civiltà giuridica romana. Esso va inserito nell'età feudale, e in questa e con questa capito (89). Come avevano già puntualizzato Coras e Hotman, si era trattato di dare forma dominativa a una sostanza economica avvertita dalla comune coscienza e ricevuta nell'esperienza giuridica come dominativa.

---

(87) Cfr. Petri Heigii... *Commentarii super IIII. Institutionum Imperialium D. Iustitiani libros...*, Witebergae, 1603, lib. II, tit. I, n. 16 ss., dove si citano abbondantemente Hotman e Le Douaren, Coras e Cousteau, Cujas e Bodin, Dumoulin et Pinelho.

(88) Heigii *Commentarii super IIII. Institutionum... libros*, cit., lib. II, tit. I, n. 24.

(89) «Frequentior est illa a scholasticis Doctoribus constituta divisio, esse aliud scilicet *directum*, aliud *utile* dominium ... Nominatim quidem ea divisio a veteribus Iurisconsultis non usurpatur, sed praeterquam quod disciplinae gratia ab interpretibus excogitata est, etiam a consuetudine veterum, in nominum concisionibus, non abhorret... Neque vero potuit veteribus Iurisconsultis in mentem venire distinctio eiusmodi, quippe quibus ignota fuerunt iura vasallorum et a barbaris gentibus postea in suos homines et bona eorundem usurpata potestas, ut autumat Bodin....Ratio autem appellationum istarum haec proferri potest: quia in libris iuris nostri reperitur aliquando ius quoddam dominio proximum, ut est, exempli causa, ius emphyteuticum, cuius tam apud concedentem quam accipientem dominium esse dicitur...., ne igitur unius rei apud duos idem dominium in solidum esse diceretur...., necessitas veteres coëgit ad distinctionem superiorem... Sic tam senior, feudi dominus, quam vasallus, eius possessor, praedii eiusdem dominium habere legitur...» (loc.ult.cit., nn. 21-25).

LA PROPRIETÀ NEL SISTEMA PRIVATISTICO DELLA SECONDA SCOLASTICA

I. Il discorso sulla proprietà e il suo impianto giuridico. I teologi e la tradizione giuridica. — II. Fondazioni culturali del discorso sulla proprietà: l'eredità volontaristica. — III. Soggetto e beni nella strutturazione del sistema privatistico. — IV. Fondazioni antropologiche della proprietà: la continuità logica tra il 'me' e il 'mio'. — V. Visione ontologica del *dominium*: il problema dell'isolamento concettuale del 'mio'. — VI. La proprietà come posizione di libertà del soggetto e i suoi caratteri tipizzanti: la *ratio independentiae* e la *ratio superioritatis*. — VII. Ancora sui caratteri tipizzanti: la proprietà nell'area del *libitum* e del *commodum*. — VIII. *Ad omnem usum*: il contenuto del *dominium* e la nozione di *usus*. — IX. Titolarità ed esercizio nell'analisi del diritto soggettivo di proprietà. — X. Esercizio della proprietà e intervento del potere costituito. — XI. Esercizio della proprietà e divisione della proprietà: il problema del dominio utile. — XII. La definizione della proprietà: la prima riflessione postumanistica e il contributo del volontarismo teologico. — XIII. La definizione della proprietà: il realismo gesuitico e l'aggancio alla tradizione giuridica. — XIV. *Dominium in genere* e *divisio rerum*. — XV. A mò di conclusione.

I. Una constatazione — che ha carattere generale ma un particolare rilievo chiarificatore per la nostra specifica materia — si pone necessaria all'inizio del nostro itinerario: ed è la constatazione ferma e precisa che anche per quei singolari operatori culturali che sono i teologi della Seconda Scolastica l'unico modo di far scienza è quello che passa attraverso i canali obbligati della conoscenza giuridica; anche per essi — che pur sono inseriti vivacemente nel loro tempo e di questo osservatori attenti e compiaciuti; che nelle loro soluzioni (e lo vedremo) dimostrano la massima propensione a sbarazzarsi dei dati tradizionali — l'approccio prevalente per l'analisi della realtà sociale è quello che fa perno sull'istrumentario tecnico e concettuale elaborato e collaudato nella 'scientia juris'.

Né basta, per giustificare questa premessa, il facile rilievo che i loro interessi sono rivolti più a problemi di teologia morale che dogmatica e che l'oggetto delle loro indagini è, per buona parte,

costituito da rapporti di indole economico-sociale (1). L'importante è che questi rapporti divengano, tra le loro mani, *sic et simpliciter* giuridici, che tutta questa realtà sociale sia da loro pensata come ordinata e ordinabile solo in termini di diritto.

Continua in questo maturo Cinquecento un impianto conoscitivo non dissimile da quello della cultura medievale. Per l'inerzia che troppo spesso accompagna, al di là del divenire storico, le posizioni epistemologiche, l'assetto mentale e la *ratio intelligendi* restan quelli pòrti dalla esperienza scientifica della Scolastica, che i movimenti volontaristici e le nuove visioni del mondo dei tardi filoni trequattrocenteschi non avevano neppure scalfito (2).

Teologia e diritto continuano quel folto interscambio che ha caratterizzato la loro vita e vitalità per tutto il Medioevo, senza acuire ma anzi elasticizzando al massimo il problema della loro confinazione, con una disponibilità totale ad apporti reciproci; e ciò è tanto più singolare e rilevante, dal momento che non ci troviamo sul terreno delle *summae casuum*, dove l'angolatura casistica poteva, per sua natura, condurre a una simile mistione (3), ma siamo anzi,

---

(1) Ciò è stato notato anche da chi si è mosso a ricostruirne i caratteri, sollecitato da un interesse puramente storico-filosofico. Così nell'ampia trilogia di C. GIACON, *La Seconda Scolastica*, Milano, 1944, 1946, 1950 (I. *I grandi commentatori di San Tommaso*; II. *Precedenze teoretiche ai problemi giuridici: Toledo, Pereira, Fonseca, Molina, Suarez*; III. *I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*). Ma si vedano le importanti notazioni di H. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, in *ZSS-GA*, LXX (1953), *passim*, ma soprattutto p. 250 ss., e di W. WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus. Höhepunkt und Abschluss der scholastichen Wirtschaftsbetrachtung durch Ludwig Molina S.J. (1535-1600)*, Münster, 1959, p. 20 ss. La ricchezza degli spunti in proposito è messa ben in evidenza da J. HÖFFNER, *Statik und Dynamik in der scholastischen Wirtschaftsethik*, Köln-Opladen, 1955 (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen-Geisteswissenschaften, H. 38), *passim*, e da G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln, 1964 (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, B. 7), *Introduzione*.

(2) Per le correnti di speculazione francescana, si veda quanto abbiamo avuto occasione di puntualizzare recentemente: *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), *passim*. Quelle nostre conclusioni possono essere estese — ci sembra — anche ai filoni scolastici successivi.

(3) Nella Seconda Scolastica l'interesse teoretico è nettamente prevalente su quello pratico-pastorale; il fine e la intrinseca giustificazione dei grandi trattati 'de justitia et jure' stanno nell'essere questi trattati un tentativo di conoscenza del mondo sociale

come si avvertiva nelle parole di apertura di questo incontro, su di un terreno culturale sensibilmente diverso, dove i problemi sono i grandi problemi esistenziali della comunità umana e dove l'impegno è volto a individuare e fissare le fondamentali architetture teoretiche come supporto valido di una *res publica christiana* e di una *societas ecclesialis* in un mondo culturalmente e strutturalmente in via di rinnovazione.

Accanto a questo assetto conoscitivo in essi profondamente radicato come un carattere si fanno notare le traccie esterne della intima giuridicità del discorso: l'abbondanza delle citazioni di fonti giuridiche varissime, che vanno dai testi romani del Digesto e del Codice a quelli canonici del *Decretum* e delle *Decretales*, alle *auctoritates* consuete della letteratura di diritto comune. Con una notabile peculiarità: i fitti richiami ai testi legislativi nazionali e ai commentatori nazionali, nonché i continui agganci alla prassi giuridica locale dei varii istituti spesso evocati nel colorito linguaggio inculto della pratica quotidiani dei fòri e dei mercati (4).

---

attraverso gli strumenti etici della Rivelazione cristiana e gli strumenti formali della scienza giuridica. È questo carattere che segna un discrimine dottrinalmente rigoroso tra Seconda Scolastica e letteratura casistica, e segna anche il confine naturale delle nostre fonti di ricerca. Dalle quali è pertanto consapevolmente esclusa ogni indagine entro la quantitativamente enorme dottrina a carattere penitenziale. Con questa precisazione: talora, al di là delle intestazioni formali, è dato rinvenire in alcune di queste opere un taglio speculativo che le pone in un non ben definito spartiacque fra Seconda Scolastica e casistica; in tal caso le abbiamo fatte oggetto di studio. Tipico ci sembra l'esempio della opera del benedettino Gregorio Sayr (Redgrave (Suffolk) 1560 - Venezia 1602), che, malgrado il suo titolo ('Clavis regia sacerdotum casuum conscientiae...'), eloquentissimo, denuncia, nel contenuto, la propria estraneità alla sommistica confessionale. Si veda, in proposito, quanto rileva J. MERCIER, voce *Sayer*, in *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. XIV, p. I, Paris, 1939. Sulle *summae casuum* utili indicazioni, generali e specifiche sulle singole somme, sono offerte da P. MICHAUD QUANTIN, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge (XIIe-XVIe siècle)*, Louvain-Lille-Montréal, 1962 (*Analecta Mediaevalia Namurcensia*, n. 13). Per la tarda casistica post-tridentina occorrerà integrare con i dati contenuti in E. DUBLANCHY, *Casuistique*, in *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. II, p. II, Paris, 1923. Sulla loro collocazione culturale ci sia consentito rinviare al nostro saggio: *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, N.S., I (1966).

(4) È un atteggiamento generale dei nostri Maestri. La testimonianza più significativa e più evidente è quella offerta da Ludovico Molina e dai suoi continui riferimenti alle prassi portoghese e castigliana. Si leggano, a semplice titolo d'esempio, queste sue

Quel che conta però — ripetiamolo — è l'orditura formale del loro discorso, orditura che lo pone al centro del divenire delle idee giuridico-sociali dei secoli XVI e XVII, nel pieno della incandescenza di questo divenire, e che consente a noi giuristi, come dicemmo all'inizio dei nostri lvori, di chiedere a degli scrittori di teologia morale risposte non deludenti sul piano del diritto.

Altro problema — ben oltre quello del metodo scientifico di cui s'è ora parlato — è di cogliere il significato dei continui richiami a fonti giuridiche tanto diverse, di rifarsi — almeno estrinsecamente — al solco d'una tradizione giuridica formalmente ininterrotta; è il problema delle scelte sostanziali che i nostri teologi son chiamati a operare sul tema scottante dei rapporti fra uomo e beni e a cui si tenterà di dare una motivata soluzione nel corso del nostro itinerario. Vorremmo solo segnare fin d'ora — almeno dall'angolo visuale della nostra specifica tematica — il coagularsi di due momenti nella evoluzione della Seconda Scolastica, abbastanza precisati da condizionare in qualche modo, come vedremo, l'articolazione del nostro percorso: un momento iniziale di marca tipicamente postumanistica, legatissimo a certi vivi filoni della riflessione teologica prerinascimentale e maggiormente sottratto al peso della tradizione giuridica; un momento posteriore, di straordinaria complessità, entro il quale, sotto il segno del consapevole realismo dei maestri gesuiti, primo fra tutti Ludovico Molina, si opera un appariscente recupero dei valori della tradizione giuridica e a questo recupero si affida un insieme di conseguenze rilevanti.

II. Ma il legame più incisivo, che informerà di sé tutta la visione che la Seconda Scolastica ebbe del rapporto fra uomo e cose, è quello con il corrosivo e, nel tempo stesso, sollecitante clima culturale che, ai primi del Cinquecento, percorre in lungo e in largo

---

righe in tema di enfiteusi: «contractus hic lusitane appellatur *aforamento*, dicitur etiam *prazo*, appellatur quoque *fateosi*, quando est perpetuum. Is, cui res in emphyteusim traditur, emphyteuta dicitur; aliquando etiam appellatur emphyteuticarius. Lusitane vero nuncupatur *foreiro*. Is, qui in emphyteusim tradit, quique illi in eo iure succedit, appellari consuevit proprietarius (Lusitane dicitur ô senhorio) resque ipsa dicitur emphyteutica (lusitane, *foreira*) respectu talis vel talis personae, ecclesiae vel monasterii, cuius est directum dominium» (LUDOVICO MOLINA, *De justitia et jure*, Moguntiae, 1602, t. I, Tract. II, disp. 10, col. 62).

l'Università di Parigi e che respirano profondamente — tanto profondamente da esserne nell'intimo caratterizzati — Francesco da Vitoria e Domenico Soto.

Il viaggio, il soggiorno, gli studi, i rapporti personali di discepolato e di amicizia dei due teologi spagnoli a Parigi — sui quali una risalente storiografia ha avuto l'indubbio merito di richiamare l'attenzione (5) — sono fatti storicamente significativi, giacché è soprattutto grazie ad essi che si opera nella Spagna 'salmanticense', nell'ambito di una rinnovata osservanza tomista, il trapianto d'un'esperienza culturale in serrata posizione dialettica con quella e, per ciò stesso, la messa a disposizione delle nuove leve teologiche spagnole di strumenti emersi nell'età nuova contro l'ufficialità medievale e carichi di virulente istanze innovatrici (6).

Nel clima parigino — esattamente qualificato di 'préreforme' (7) — da un lato, si presenta la grande crisi che avrebbe tra breve investito la scienza teologica e la struttura ecclesiale, dall'altro, si respira a pieni polmoni l'inebriante vicenda umanistica.

Presentimento della Riforma e visione umanistica dell'uomo e del mondo emergevan però, quali derivazioni ultime, da quel grande nodo culturale che da più di due secoli stringeva a morte l'edificio intellettuale del Medio Evo e, sordamente ma efficace-

---

(5) Ci riferiamo, in particolare, alle importanti ricerche su Soto di P. DUHEM, *Dominique Soto et la Scolastique parisienne*, pubblicate originariamente nel *Bulletin hispanique*, XII (1910), XIII (1911), XIV (1912), e alla ben documentata indagine su Vitoria, di R. VILLOSLADA, *La Universidad de Paris durante los estudios de Francisco de Vitoria O.P. (1507-1522)*, Romae, 1938 (*Analecta Gregoriana*, vol. XIV, sect. B), (si veda la significativa affermazione conclusiva di p. 391). Notazioni di rilievo anche in V. BELTRAN DE HEREDIA, *Introduzione* a FRANCESCO DA VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomàs*, ed V. Beltràn de Heredia, t. III *De justitia (qq. 57-66)*, Salamanca, 1934, pp. XXVII-XXX. Dello stesso, cfr. anche l'ampia biografia di Soto: V. BELTRAN DE HEREDIA, *Domingo de Soto. Estudio biògráfico documentado*, Salamanca, 1960, p. 17 ss. Concorde, G. AMBROSETTI, *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano, 1951, p. 23.

(6) Sulle complesse istanze che prendon vita e forma nella tarda scolastica e sulle sue motivazioni filosofiche, cfr. C. VASOLI, *La filosofia medievale*, Milano, 1961, p. 403 ss.

(7) Da A. RENAUDET, *Préreforme et humanisme à Paris pendant les premières guerres d'Italie (1494-1517)*, Paris, 1916 (la vasta e documentatissima opera del Renaudet costituisce un importante contributo per la conoscenza dei filoni scolastici parigini di cui si discute nel testo).

mente, ne minava le fondazioni stesse. È il groviglio di idee e di diagnosi nominaliste e volontariste, continuamente accumulatesi nel corso della tarda Scolastica dalle sistemazioni francescane in poi, che ribolle a Parigi, dove maestri come Majr e Almain portano innanzi le logoranti analisi di Scoto, di Occam, di Gerson, di Gabriele Biel [8].

Sono essi i 'moderni' [9], gli 'juniores' [10], i 'parisienses' [11], i 'neoterici'» [12], i 'recentiores' [13] cui fanno continuo riferimento Soto e Vitoria, tési formalmente a una polemica con le loro conclusioni, ma, nella sostanza, da queste condizionati e determinati; sono essi gli autori, apparentemente respinti ma citati quasi con maggior frequenza di quanto non lo sia San Tommaso; sono essi gli autori di formule e definizioni su cui i nostri teologi modelleranno le proprie, com'è il caso di Gerson e d'una sua definizione del *dominium* che assurge a base e punto obbligato d'ogni discussione almeno fino a Molina [14].

Non solo; ma quando Vitoria e Soto (e, dietro, gli altri salmanticensi) guardano a un testo di diritto privato per costruire poi il sistema in relativa autonomia, il libro di ordinaria consultazione sarà

---

[8] Cfr. A. RENAUDET, *Paris de 1494 à 1517: Eglise et Université, réformes religieuses, culture et critique humaniste*, in *Courants religieux et humanisme à la fin du XVe et au début du XVIe siècle. Colloque de Strasbourg 9-11 mai 1957*, Paris 1959. Si può ancora utilmente vedere P. FERET, *La Faculté de Théologie de Paris et ses docteurs les plus célèbres. Epoque moderne*, t. II, Paris, 1901, e P. IMBART DE LA TOUR, *Les origines de la Réforme*, t. II: *L'Eglise catholique, la crise et la renaissance*, Paris, 1909.

[9] VITORIA, *In secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. I, n. 3.

[10] DOMENICO SOTO, *De justitia et jure...*, Venetiis, 1568, lib. IV, quaest. I, art. 1 (f. 79v).

[11] DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. I, art. 1 (f. 8or).

[12] DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. I, art. 2 (f. 8ov).

[13] DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. II, art. 1 (f. 81v).

[14] Per la definizione di Gerson, cfr. più sotto al § XII. È interessante notare come questa sostanziale consonanza tra i primi Maestri della Seconda Scolastica e i 'parisienses' fosse rilevata con precisione già alla fine del Cinquecento; un ingegno acuto e disincantato come il gesuita Gregorio di Valencia non può fare a meno di segnare nei suoi commentarii che la definizione di *dominium* proposta da Soto «verbis tantum, non re differt a definitione Gersonis et Conradi ... ad rem quidem significatam, non differt»; e ciò, malgrado la formale reiezione da parte di Soto (GREGORIO DI VALENCIA, *Commentariorum theologicorum tomus tertius ..*, Venetiis, 1598, *Disputatio quinta generalis. De justitia et eius speciebus* quaest X): *De furto et rapina*, col. 994).

il fortunato 'Tractatus septipartitus de contractibus' di Corrado Summenhart, dove il teologo tubingense, educato a Parigi nell'identico clima, traduce in termini più rigorosamente tecnici le premesse generali delle correnti volontaristiche (15).

Non poteva, del resto, che essere così: è il mondo culturale dei discussi 'moderni' che preme sulla coscienza di Vitoria e di Soto, che essi sentono non a disagio, ma anzi congeniale con la loro natura di 'homines novi', figli autentici del loro tempo, costruttori d'un sistema teorico perfettamente coerente alla situazione storica più che ideologhi d'una realtà cristallizzata da conservare indefinitamente.

In interiore homine lo sposalizio fra Vitoria, Soto e i loro seguaci, e il provocante bagaglio ideale dei 'moderni' si realizza per il tramite della visione del mondo essenzialmente umanistica dei Maestri spagnoli (16). In questa loro visione, l'analisi individualistica e volontaristica della realtà sociale si collocava alla perfezione, e si può senza tèma di smentita affermare, come dimostra tutto il discorso della Seconda Scolastica, che la loro polemica ufficiale non è tanto contro il nucleo filosofico originale di quell'analisi, quanto contro le eccessive esasperazioni cui l'avevano portato le ultime correnti nominalistiche parigine.

L'interpretazione volontaristica della realtà economico-sociale si fondava su alcune intuizioni decisive: innanzi tutto, una visione dualistica del mondo dei soggetti e del mondo dei fenomeni, con il conseguente tentativo di costruire una metafisica del soggetto sulle cose, di compiere il suo distacco metafisico dalla natura; e, insieme, il tentativo di operare una lettura delle cose solo attraverso il filtro del soggetto costituendole mera ombra di questo e della sua sovranità.

Ne derivava un acuito soggettivismo che investiva in pieno le concezioni del diritto, deformandone la natura da misura obbiettiva

---

(15) J. HALLER, *Die Anfänge der Universität Tübingen, 1477-1537*, I, Aalen, 1970 (rist. ed. Stuttgart, 1927) (sui suoi studi a Parigi, cfr. p. 172; sulle sue predilezioni scotiste, *ibidem*; sui caratteri del trattato 'de contractibus', p. 173 ss.; sulla fortuna di questo nei primi decenni del Cinquecento, p. 176; sui suoi rapporti con i nominalisti e con Gerson, p. 182; sulla sua impostazione umanistica, p. 182 ss.).

(16) Basti qui rinviare ad AMBROSETTI, *Il diritto naturale della Riforma cattolica*, cit., p. 21 ss.

del giusto a strumento potestativo della libertà del singolo; una libertà concepita come forza espansiva e dominativa (17).

Nel suo compiaciuto distacco metafisico dalle cose il soggetto operatore tendeva a identificarsi sempre più nella posizione di *dominus* riposante unicamente nell'autonomia della sua volontà, e l'ordine giuridico tendeva a essere valutato come un cumulo di situazioni dominative; il *dominium*, inteso in un senso giuridicamente rigoroso, diventava la generale categoria interpretativa dei rapporti sociali e la chiave di volta di tutto il sistema (18).

È questa intuizione che hanno costantemente presente Vitoria e Soto (e non essi soltanto), che essi discutono ampiamente, che essi respingono nelle estreme derivazioni, ma che — ci sembra — accettano nel limpido filo conduttore.

Si aprano le *relectiones* e i commentarii di Vitoria e di Soto, e si constaterà come ogni pagina sia una discussione fitta dello schema proposto da Summenhart nel 'De contractibus' e incentrato su una parossistica dilatazione del concetto di *dominium*; come il primo problema che essi si impegnano a tentar di risolvere è «an dominium sit idem quod ius» (19). Problema che assume un suo preciso significato logico e storico soltanto se collochiamo i Maestri domenicani spagnoli in posizione dialettica con un patrimonio interpretativo che, contro le conclusioni tomiste, si era andato consolidando, dalla fine del Duecento, nelle trame della filosofia francescana, e attraverso Scoto ed Occam era arrivato, fresco di vitalità e di fertilità,

---

(17) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit 1961-1966*, Paris, 1968, p. 183 ss.

(18) È quanto abbiamo tentato di mostrare in una nostra precedente ricerca. Cfr. *Usus facti*, cit., p. 315 ss.

(19) VITORIA, *In Secundam Secundae*. De justitia, quaest. LXII, art. 1, n. 5 («non enim est facile explicare quid sit dominium nisi prius videamus quid sit ius, ut sciamus an dominium sit idem quod ius ...»); DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest I, art. 1, f. 79r). La problematica prosegue in modo ricorrente nei Maestri successivi. Vedila, *exempli causa*, riproposta con lucidità dall'agostiniano Pietro d'Aragon, il cui 'de justitia' risale al 1585: «est difficultas, utrum dominium sit idem quod ius. Ad cuius explicationem Conradus [Summenhart] in libro de contractibus ... dicit multa. Primum est ... (PIETRO D'ARAGON, *In Secundam Secundae D. Thomae Doctoris Angelici commentaria. De justitia et jure ...*, Venetiis, 1608, ad quaest. LXII: *De restitutione. Materia de dominio*, p. 82).5

alle avide coscienze del mondo umanistico, che pure aveva potentemente contribuito a sollecitare e indirizzare.

La Seconda Scolastica respingerà l'identificazione del diritto in situazione dominativa, ma non si creda che lo faccia in nome di una rigorosa fedeltà al tomismo. Certo, i teologi nuovi commentano la Somma dell'Aquinate, che ha per loro sostituito il *Liber Sententiarum*, e si esercitano sul canovaccio costituito dalla sua struttura; certo, Tommaso è fonte rilevantissima del loro discorso; certo essi possono respingere gli eccessi volontaristici in nome del realismo giuridico che reperivano in Tommaso; ma dedurre da queste giuste considerazioni il loro puro e semplice inserimento fra gli esegeti tomisti rappresenterebbe un fraintendimento della loro complessità culturale.

Si guardino attentamente i loro commentarii e sarà facile osservazione che ben spesso l'intelaiatura della *Summa* e i suoi contenuti sono assunti e ridotti a pura occasione di discorso. Il tema del *dominium* lo dimostra: nozione marginale nell'ambito della sua costruzione, San Tommaso la confina soprattutto all'interno della trattazione del furto, senza dargli né respiro né autonomia (20); nozione invece centrale e fondamentale per i nostri commentarii «de justitia et jure», entro i quali il trattato 'de dominio rerum' ha non solo una sua quasi perfetta isolabilità e autonomia, ma è addirittura pensato come posizione preliminare e insostituibile di dati condizionanti l'intero ordine giuridico; e di ciò han coscienza i nostri autori, quando a chiare note rilevano l'esiguità degli interventi tomisti sul tema, comparandola con la latitudine estrema delle analisi dei *moderni* in proposito (21).

---

(20) S. TOMMASO, *Summa theolog.*, IIa IIae, q. LXVI, art. I et II. Ma si veda anche la trattazione che Tommaso ne fa, *ibidem*, Pars prima, q. XCVI.

(21) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. 1, n. 3. Eloquentissimo l'agostiniano Salòn, il cui trattato risale al 1581; mette conto di citare per esteso un suo passo: «Divisa justitia in commutativam et distributivam, agit. D. Thomas de propriis utriusque actibus et vitiis utrique oppositis, initium sumens a proprio actu commutativae, qui est restituere: et ita agit statim, q. 62, de restitutione. Discipuli autem et interpretes eius, quos hic imitabimur, considerantes omnem restitutionem oriri ex violato dominio, adeo ut dominium collocetur in definitione restitutionis, tum etiam esse dominium basim et fundamentum omnium commutationum, contractuum et pactorum, quae secundum iustitiam commutativam celebrantur, disputationi de restitutione, de

Né il lavorio della Seconda Scolastica, almeno per quanto attiene al rapporto uomo-cose, può minimizzarsi al rango di integrazione dei dati offerti da Tommaso; c'è, al di sotto, una lucida esigenza di andar ben oltre, anche a costo di deformare il senso originario di quei dati. È per questo che i continui riferimenti all'Aquinate ci paiono, dal nostro angolo visuale, assai simili ai riferimenti continui fatti dalla giurisprudenza medievale alle fonti romane: ben spesso mero richiamo autoritativo, momento di semplice validità, ma privo di una effettività culturale e sociale che da ben altro proviene.

Confessiamolo pure: il discorso tomista, nella sua integrità, non era agevolmente traducibile in un mondo, come quello del pieno Cinquecento, segnato profondamente da premesse volontaristiche e percorso dal respiro ancor vivo dell'Umanesimo e della Riforma; e rappresentava forse un discorso relativamente comprensibile per coscienze individualisticamente indirizzate e inserite in strutture socio-economiche orientate a un individualismo di marca precapitalistica. Per la Seconda Scolastica l'aggancio a San Tommaso ebbe soprattutto il valore di aggancio a una voce oggettivistica in viva dialettica con le consapevolezze cinquecentesche; ebbe il valore di

---

emptione et venditione, de usura, de cambiis et caeteris quae sequuntur praemittunt hanc de dominio, tanquam maxime necessariam et a qua aliarum intelligentia pendet. Agunt de dominio Doctores in 4. dist. 15 ... D. Thomas non ex professo, sed incidenter, infra q. 66, art. 1 et 2, et 1. par. q. 96, ubi agit de dominio primi hominis, Conradus in suo opere erudito de contractibus quindecim quaestionibus; Gerson ...; Joan [nes] de Medina ...; Soto, toto 4. Libro de justitia copiosissime ...» (MICHELE BARTOLOMMEO SALON, *Controversiae de justitia et jure atque de contractibus et commerciis humanis licitis ac illicitis...*, Venetiis, 1608, *Tractatus de dominio rerum. Prologus*, p. 105). Altrettanto eloquente il domenicano Bañez: «antequam tractatum valde necessarium de restitutione aggrediamur, necesse est, ut de dominio prius disseramus. Et enim in diffinitione restitutionis ponitur dominium ... et quidem Divus Tho[mas] agit de dominio infra, quaest. 66, artic. 1 et 2 breviter quidem et occasione tractatus de furto. Item etiam alia consideratione agit de dominio in prima parte quaest. 96, per totam, scilicet quatenus primo homini competebat universale dominium. Doctores Theologi ... jurisperiti ... et Gerson ... Item quidem Conradus ... et Joan. de Medina ... et Magister Soto ... » (DOMENICO BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia ...*, Venetiis, 1595, Praeambulum de dominio, ad quaest. LXII, p. 73). Lo ripete, ai primi del Seicento, il SAYER (*Clavis regia sacerdotum*, pars secunda, lib. IX, cap. I, in fine) in una completa visione panoramica di tutti gli apporti teologici da S. Tommaso a lui.

occasione — non perduta — di verificare e ridimensionare gli eccessi d'una diagnosi soltanto volontaristica della società, in un crocevia turbinoso com'è, per la storia dell'Occidente, quello del maturo Cinquecento.

D'altronde, tutta la scienza teologica, in ogni suo genere letterario, è percorsa, nei primi decenni del secolo, da una crisi, che pesca nel profondo, se per crisi intendiamo una accurata riflessione in sé stessa e un tentativo di nuove aperture metodiche (22); investe addirittura la letteratura casistico-penitenziale, e un dottore tra i più celebrati, il domenicano Silvestro da Priero, campione dell'ufficialità romana e curiale, che scrive la sua 'Summa Summarum' nel 1516, riecheggia, nella redazione delle voci 'Dominium' e 'Usus', motivi molteplici e dimostra, a ben leggervi, la confluenza di varie correnti dottrinali, tra le quali quella volontaristica non è senza rilievo. Silvestro da Priero sarà, tra i sommisti, il più caro ai Maestri spagnoli e il più citato; sarà senza dubbio anche il più congeniale (23).

Ci sia consentita un'ultima considerazione che può riuscire chiarificatrice: tutti i Maestri della Seconda Scolastica, spagnoli e non spagnoli, quando trattano del problema uomo-beni, dedicano un capitolo del proprio discorso alla relazione proprietà-uso così come l'aveva elaborata e definita la grande disputa sulla povertà del tardo Medioevo e fan quasi universalmente proprie le conclusioni francescane all'interno della disputa (24).

Come abbiamo avuto modo di notare in altra sede, è nei viluppi

---

(22) Basti rinviare a *L'Eglise et la Renaissance (1449-1517)* (in *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours*, dir. A, Fliche — V. Martin, vol. 15, Paris, 1951) e ai varii capitoli in cui si articola il libro secondo (*Vie religieuse du monde chretien, 1449-1517*) tutti dovuti a R. Aubenas.

(23) Per alcuni cenni sulla *Summa* silvestrina, cfr. Grossi, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, cit., pp. 103-104. Interessanti le notazioni di F. Stegmüller, *Francisco de Victoria y la doctrina de la Gracia en la escuela salmantina*, Barcelona, 1934, p. 19 ss. Particolarmente significativa, in relazione a quanto si afferma nel testo, la voce *Dominium* della *Summa*, nella struttura della quale è palese la confluenza di diverse matrici culturali pur riassorbite nella sostanziale adesione al realismo di marca canonistica. Eloquente l'esordio («Dominium secundum aliquos est idem quod ius»), nel quale Silvestro si fa portavoce delle impostazioni di un Gerson o di un Summenhart. Cfr. Silvestro Da Priero, *Summa sylvestrina quae Summa summarum merito nuncupatur...*, Venetiis, 1612, voce *Dominium*.

(24) Non mette conto di fare citazioni. È un *topos* obbligato di ogni commentario.

di quella grande controversia che si matura una rinnovata visione dei rapporti fra uomo e cose, e che la proprietà e l'uso subiscono una analisi autenticamente moderna; che il problema della proprietà, inoltre, arricchito, nei robusti canali della filosofia francescana, dal congiungimento con quello della libertà del soggetto, si presenta sostanzialmente rinnovato e proiettato per l'innanzi. Richiamarsi costantemente alla disputa sulla povertà come a un punto obbligato ha quindi tutto il sapore di premettere una fondazione culturale alla propria indagine; nel corso della quale i risultati della disputa sono presenti con straordinaria lucidità, e collocati, ben oltre il modesto significato di chiarimento per lo *jus regularium*, a livello di contributi a una teorica generale della proprietà e dell'uso. Risultati, per giunta, appartenenti più all'emisfero culturale dei 'moderni' che a quello di San Tommaso, e rivelanti più d'una consonanza con le proposizioni dei 'parisienses'.

Con questo cumulo di istanze e di proponimenti, su questa ampia e complessa piattaforma storica, prende l'avvio la meditazione della Seconda Scolastica sul tema uomo-cose; e sarà meditazione complessa, rifuggente la qualificazione semplificatrice. Proprio perché complessa, recherà in sé, come abbiamo già segnalato, alcune contraddizioni. Sarà questo il segno della sua storicità, del suo impegno a una rinnovata teoria della proprietà e dei diritti reali per i tempi nuovi.

III. Alcuni anni fa un giurista singolarmente aperto alla indagine sociologica, il Savatier, si divertì a compiere, con gusto finemente ironico, una elementare ma rivelatrice analisi quantitativa sulle tessere del mosaico del *Code civil* napoleonico, e ne trasse l'aritmetica conclusione che, a fronte di 515 articoli dedicati al diritto delle persone, i compilatori ne avevano destinato 1766 a problemi inerenti ai beni ([25]). Recentissimamente un nostro civilista, nel tentativo di una identificazione ideologica e tecnica del Codice civile italiano del 1865, ha riproposto all'attenzione la sistematica di quel Codice imperniata sul regime «dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni» nonché «dei modi di acquistare e di trasmettere

([25]) R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui: II. L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, 1959, p. 9.

la proprietà e gli altri diritti sulle cose», ripetendo a suggello interpretativo le frasi notissime di un autorevole giureconsulto coevo alla compilazione che coglievano il supporto di essa nella proprietà come «idea fondamentale» e nelle «persone considerate non altrimenti che come proprietari» (26).

Le due codificazioni del maturo liberalismo ottocentesco parlano, in una maniera tanto rigida quanto spietata, il linguaggio d'una civiltà che ha còlto nell'avere una dimensione insostituibile del soggetto e sull'avere ha costruito se stessa; una civiltà che si identifica, pur tra sensibilmente diverse tonalità e angolature, in quell'assetto della società e della cultura occidentale che nasce, in chiave individualistica, sulla crisi dell'ideario medievale; una civiltà cui proclama inequivocabilmente di appartenere anche la Seconda Scolastica.

È proprio della tradizione occidentale, con un filo conduttore ininterrotto dal mondo romano ad oggi — non smentita ma avallata e coadiuvata dalla stessa esperienza religiosa (27) — di avvertire i valori espressi dalle temporalità, di viverli senza teorizzare impossibili distacchi, di costruire sul reale il proprio ordine, anche quello giuridico. Viverli però, lungo lo stesso filo conduttore, con inverse disponibilità che si affacciano nel corso plurisecolare: per i medievali, soggetti e beni sono porzioni autonome di un ordine onnicomprensivo: essi tendono a cogliere l'autonomia del reale in tutta la ricchezza delle sue forme; v'è in loro il rispetto per l'essere e l'esistere delle cose come dimensioni intrinseche e proprie alle cose, nella più franca propensione a concedere autonomia alla cosa nella sua struttura fenomenica o tutt'almeno economica (28).

Per una coscienza situata nell'emisfero moderno, il reale è

---

(26) Lo scritto, cui si fa riferimento, è di P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, XVIII (1972) p. 9. Il giureconsulto, citato dal Rescigno e segnalato nel nostro testo, è Giuseppe Pisanelli, che tanta parte ebbe nella formazione del Codice.

(27) L'esperienza giuridica della Chiesa cattolica, testimoniata da tutta la plurisecolare elaborazione canonistica, è in questo senso. Né crediamo sia senza significato che, nel relativamente recente *Codex juris canonici*, il libro terzo, pur dedicato per buona parte alla materia sacramentale, sia sotto l'intestazione 'de rebus'.

(28) Cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, *passim*.

invece concepibile solo come zona d'espansione del soggetto, come strumento della sua sovranità, nel tentativo di farne una dimensione del soggetto, un elemento integrante della sua libertà, dignità, capacità; più che *l'essere delle* cose è *l'avere le* cose il momento rilevante, e l'avere è sempre e soltanto una dimensione soggettiva che ingloba il bene all'interno di quella realtà preponderante e assorbente che è la vita dell'operatore.

Crediamo di aver sufficientemente puntualizzato in altra sede le motivazioni di quel rinnovamento nelle concezioni antropologiche che è all'inaugurazione dell'età nuova e di nuove misure nei rapporti tra uomo e beni ([29]). Certo, quando dall'armonia condizionante dell'ordine medievale il soggetto balzò, in tutta la sua solitudine, messo a nudo e sollecitato e provocato da suadenti intuizioni teologiche e filosofiche, affermò solo delle pretese verso il mondo esterno che ambì ad *avere* in modo sempre più stretto ed intenso; e si riscoprì sempre più *dominus*, e riscoprì nel *dominium* lo strumento più congeniale ed efficace, come quello che riassume l'avere nella massima qualificazione.

Il diritto medievale, nel suo impianto naturalistico, poteva e doveva disinteressarsi del *dominium*; ma quando, al di sopra dell'ordine delle cose, il mondo si costruisce sul soggetto e si risolve nel soggetto, rilevare, fissare, irrigidire i confini del 'mio', renderli rigorosi e geometricamente indiscutibili costituisce un essenziale contributo, prima ancora che economico e giuridico, addirittura antropologico. E il patrimonio, nel suo vincolo al soggetto per il tramite dell'avere, è qualcosa di più di un cumulo di ricchezza e di mezzi di produzione.

Non ci stiamo attardando in precedenti remoti disarticolati dal clima della Seconda Scolastica; stiamo piuttosto abbozzando un volto a quel patrimonio concettuale che, attraverso le correnti volontaristiche di cui abbiamo discorso, la indirizzerà in un senso sostanzialmente individualistico, facendo della grande scuola teologica cinque-secentesca una testimonianza viva e verace del proprio tempo.

([29]) *Usus facti*, cit. p. 306 ss.

Operiamo alcune brevi verifiche nella sistematica posta in essere dai nostri Maestri.

La *res* — intesa non come primordiale entità autonoma recante in sé regole proprie ma come oggetto di volizioni — si pone al centro dell'ordinamento; una visione sostanzialmente patrimonialistica di questo domina e conduce il sistema: la giustizia che loro interessa è quella commutativa, che è tipicamente giustizia dell'individuale; al suo interno il principio base è fissato nell'idea di *restitutio* «ad servandam aequalitatem rerum inter homines» ([30]); *restitutio* sempre pensata come ripristino di una situazione lesa di proprietà o di possesso ([31]), in una realtà sociale fatta di operatori economici qualificati e soprattutto di proprietari.

Talvolta, nelle coscienze più vigili, la precedenza data, entro il sistema, alla trattazione della proprietà e degli altri *jura in re* è causa di palese imbarazzo; come in Molina, che però riafferma il proprio disegno sistematico, prescindendo dalla *dignitas materiae* e dall'*ordo naturae*, giacché il discorso intorno ai beni esterni può ben essere pregiudiziale in quanto interpretativo della persona e della posizione della persona nel tempo ([32]).

La *res*, intesa come sappiamo, è il polo d'attrazione di ogni

---

([30]) Cfr. ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII. De restitutione, Preamb., p. 82. Sulla rilevantissima nozione di *restitutio*, si veda G. NUFER, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, München, 1969 (Dissert.).

([31]) Basti citare la testimonianza di avvio di Vitoria, nella quale il problema viene irrigidito più di quanto facciano altri Maestri, ma che è sintomatica: «omnis restitutio fundatur in dominio» (VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. I, n. 6).

([32]) È l'esordio dell'ampio e complesso *tractatus* di Molina 'de justitia commutativa circa bona externa': «licet autem, si ad materiae dignitatem attendas, naturae ordo postularet, ut tractatus hic, non secundus, sed quartus esset ordine, eo quod bona externa bonis corporis, honoris, famae ac spiritualibus sint longe inferiora; quia tamen, quae in hoc tractatu dicenda sunt, lucem dicendis in sequentibus tractatibus afferent, doctrinae ordo postulavit, ut de justitia commutativa circa bona externa hunc secundum institueremus tractatum. Primo autem loco de jure et dominio rerum in genere, nec non de partibus quibus dominium quasi integratur et perficitur, tanquam de fundamentis, quae jacienda sunt disseremus» (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, col. 27). Si noti, a convalida di quanto sarà detto poco oltre nel testo, come il problema dei rapporti reali venga quasi a identificarsi, o comunque a reperire il suo profilo tipico, nel *dominium*, concepito come matrice e fondamento e giustificazione di essi.

rapporto giuridico; è notabile, a questo proposito, la dilatazione cui viene sottoposta la nozione di *ius ad rem* (33). Questa, nata nel grembo della dottrina medievale come soluzione tecnica a specifici problemi del diritto beneficiario (34), viene insensibilmente a raccogliere un numero sempre più largo di figure sino a giungere ad essere nozione comprensiva di ogni diritto di credito, in una sistemazione dicotomica dei rapporti giuridici in *jura in re* e *jura ad rem*, dove la *res*, funge da elemento unificante e denominatore comune (35).

Al di sopra della piattaforma patrimoniale e ad essa complementare, l'idea fondamentale del *dominium*, cui viene affidato un ruolo non secondario in ordine alla unità del sistema: atti unilaterali e contratti, liberalità, successioni *mortis causa* e rapporti di garanzia, ricompresi tutti nello schema della 'translatio dominii', ruotano, insieme a tutto un ordinamento patrimoniale, intorno a un solo e solido esse portante (36).

---

(33) In armonia con l'indirizzo — ben precisato — della stessa dottrina giuridica. Notazioni finissime possono reperirsi in E. M. MEIJERS, *Le soi-disant «jus ad rem»*, in *Etudes d'histoire du droit*, t. IV, Leyde, 1966, p. 188, e *Art. 584 B.W. en de zakelijke rechtem*, ora in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, t. II, Leyde, 1955, p. 8 ss. Per interessanti cenni alla nozione nello specifico contesto della Seconda Scolastica, cfr. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, cit., p. 256 ss.

(34) Si veda la lucida esposizione di G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, 761.

(35) Questo è riscontrabile in alcuni autori più tardi, che registrano forse anche certe sistemazioni operate dalla *jurisprudentia*, nei quali lo *jus ad rem*, ha perduto la caratterizzazione specifica ed originaria per divenire una categoria generale. Cfr. FERDINANDO DE CASTRO PALAO, *Operis moralis de virtutibus ... pars septima. De justitia et jure*, Lugduni, 1651, Tract. XXXI, punctum V, p. 44: «Superius diximus ius, quod est obiectum justitiae, esse facultatem aliquid faciendi, habendi vel obtinendi, cui, si contravenias, iniuriam irrogas. Quam facultatem in duplicem partem divisimus, alteram appellavimus ius in re, alteram ius ad rem; ex hac actio personalis oritur, non realis, cum res ad quam habes ius tibi non sit devincta; ex illa vero actio nascitur, quae rei vindicatio appellatur ...».

(36) Esemplare, a questo proposito, è come STEFANO FAGUNDEZ (*De justitia et contractibus et de acquisitione et translatione dominii ...*, Lugduni, 1641) veda e risolva sistematicamente la materia negoziale e successoria nella intelaiatura della *translatio dominii*, e i diritti reali di garanzia in quella della *assecuratio dominii*, assumendo la nozione di *dominium* — della quale pur non tratta esplicitamente — come riferimento centrale che dà unitarietà del sistema. Vediamone l'interessante partizione: Liber primus: De contractibus; Liber secundus: De acquisitione dominii ... per primam rerum divisionem et per alias subdivisiones et modos acquirendi circa res, quae remanserunt

IV. «Idem esse censetur nostros actus esse liberos et nos illorum habere dominium» ([37]). La frase, che troviamo inserita nelle preziose lezioni 'de justitia' tenute al Collegio romano dal giovane Suarez ([38]) e che presenta in forma succinta ed efficace un nucleo riflessivo costantemente presente ai nostri Dottori, è in un duplice senso ben adatta ad avviare il discorso sulla teorica della proprietà nella Seconda Scolastica: innanzi tutto, perché ne segnala il fondamento più riposto, e, insieme, la sua giustificazione sul piano antropologico; in secondo luogo, perché testimonia concretamente gli agganci culturali sinora segnalati.

Sostiamo un momento sul significato della proposizione: la libertà del singolo è una posizione essenzialmente dominativa, giacché il soggetto libero è essenzialmente un *dominus, dominus sui, dominus suorum actuum.*

I maestri spagnoli non creano alcunché di nuovo, quando ci tramandano questo insegnamento; essi lo reperiscono già perfettamente elaborato e logicamente conchiuso nella scolastica francescana — dalla quale, in un rivolo modestissimo, si era travasato anche ai margini del sistema di Tommaso — e nella tarda Scolastica post-scotista ([39]); essi non fanno che riprendere, perché a loro funzionale, un'idea base che costituisce, sul piano d'un rinnovamento antropologico, il punto alfa di un itinerario proiettato in un lontano futuro e l'intuizione fondamentale di tutta la *coinè* culturale della nascente età nuova.

---

extra primam divisionem indivisae; Liber tertius: De translatione dominii per promissionem; Liber quartus: De translatione dominii per donationem; Liber quintus: De translatione dominii per emptionem et venditionem; Liber sextus: De translatione dominii per ultimam voluntatem et haereditariam successionem; Liber septimus: De assecuratione dominii per contractum pignoris et hypothecae.

([37]) FRANCESCO SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, quaest. XII, p. 34, ed. in J. GIERS, *Die Gerechtigkeitslehre des jungen Suarez. Edition und Untersuchung seiner römischen Vorlesungen de justitia et jure*, Freiburg i.B, 1958 (Freiburger theologische Studien, LXII).

([38]) Queste lezioni 'de justitia' possono farsi risalire al 1584 (cfr. GIERS, *Die Gerechtigkeitslehre des jungen Suarez*, cit., pp. 27-28).

([39]) Per la dimostrazione di questo assunto, cfr. GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 309 ss. Sul posto da assegnare al *dominium sui* nella antropologia tomista e sulla derivazione francescana della nozione, nonché su alcune ipervalutazioni di certa storiografia domenicana, cfr. p. 306 ss.

Il soggetto del tardo medioevo (40), sempre più distaccato dall'ordine sociale e fenomenico, o almeno tale da pensare quest'ordine come un suo prodotto, solitario e aggressivo, ha bisogno d'uno strumento che sia, nello stesso tempo — per così dire — di difesa e di offesa, per munire la sua solitudine e rinsaldarla da ogni lato, per garantire successo alla sua vitalità espansiva verso i fenomeni; e il teologo gli crea una nuova nozione di *dominium* in misteriosa armonia con le esigenze delle strutture economiche o addirittura presentendo i futuri assetti e fermenti di quelle; gli affida insieme una maggior vitalità interiore e uno strumento oggettivo di azione esterna. Con questa tecnica elaborativa rilevantissima e singolare: che si costruisce lo strumento oggettivo come necessaria conseguenza d'una qualità soggettiva (41).

Si capisce come la Seconda Scolastica, nel suo respiro umanistico e nella coerenza a un mondo cinquecentesco che comincia a spogliarsi delle architetture medievali, aderisca con entusiasmo a questa idea base; perché essa combacia, alla perfezione, con l'aspetto essenziale dell'ordine umanistico — ispirato a un rigoroso monismo — che si attua e si consuma nel microcosmo dell'individuo, entro il quale hanno lo scopo prevalente di rafforzare le sue suture. E si capisce come ogni trattato sulla proprietà dei nostri Maestri abbia un capitolo iniziale sempre dedicato al *dominium sui.*

Il libero arbitrio, costruito in chiave volontaristica per meglio garantire l'autonomia del soggetto, è il presupposto insopprimibile di ogni *dominium*, perché è esso stesso *dominium.*

L'interscambiabilità tra libertà e proprietà, *leit motiv* di tutte le correnti individualistiche dell'età moderna, è qui già pienamente posta. La 'mia' libertà coincide con la proprietà che io ho di me stesso e delle mie azioni, la mia esistenza di soggetto libero consiste

---

(40) La nozione di 'tardo medioevo' è necessariamente molto elastica come quella che si costruisce su di un rinnovamento di coscienze e di valori; a questo rinnovamento, ad esempio, appartiene, secondo noi, anche la più sensibile Scolastica francescana ducentesca con i suoi presentimenti e le sue istanze rinnovatrici sul piano antropologico.

(41) Ci è sembrata questa la tipicità dell'insegnamento francescano e la sua carica corrosiva (GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 312).

in una serie di comportamenti dominativi, insomma nella proprietà che io ho di me stesso (42).

A taluno sembrerà stonato l'uso che si fa del termine proprietà; a taluno potrà un simile termine parere troppo tecnico, troppo giuridico per descrivere quell'atteggiamento psicologico, che, nel linguaggio comune, a livello appunto psicologico, vien qualificato padronanza di sé e che soffre d'un contenuto generico affatto estraneo all'area del diritto. L'uso del termine proprietà è da noi previsto e voluto in tutta la sua provocatorietà; giacché nulla di generico, di vago, di meramente psicologistico ha la nozione di *dominium sui*.

La proprietà di sé e delle proprie azioni, che a ciascun essere razionale la Divinità stessa ha fornito nel momento in cui lo ha creato a sua immagine (43), è una proprietà in senso teologico-giuridico, costitutivamente niente affatto dissimile dalla proprietà d'un bene, tant'è vero che il discorso giuridico 'de dominio' è sempre rigorosamente unitario e di questo discorso unitario la proprietà delle proprie azioni è, come dicevamo, il primo capitolo (44).

---

(42) Le citazioni dovrebbero essere troppo numerose, trattandosi di insegnamento costante. Citiamo qui solo una frase di Soto, perché ci sembra puntualissima: «homines suapte natura et jure coeperunt esse domini suarum actionum ut illa libertate creatori servirent» (Domenico Soto, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. III, f. 85r). L'equazione fra libertà e dominio di sé, l'identificazione della essenza del libero arbitrio nel *dominium suarum actionum* vi sono efficacemente segnate.

(43) Qualche testimonianza: Francesco Da Vitoria, *De Indis recenter inventis relectio prior* (ed. T. Urdanoz, in *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teologicas*, Madrid, 1960), p. 654: «Dominium fundatur in imagine Dei» (cfr. anche p. 663); Aragon, *De justitia et jure*, ad quaest. LXIII, p. 87 e p. 88 («fit ut convenientissime dicatur imago Dei propter praeeminentiam dominii»); Salon, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, quaest. II, concl. IIII, p. 114; Suarez, *Quaestiones de justitia et jure*, quaest. XVI, p. 77; Bañez, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 79; Molina, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 18, col. 91 («confirmatur ex illo Genesis. I: Faciamus ... quasi dicat et eo ipso quod ad imaginem et similitudinem nostram sit, praesit et dominus sit sicut et nos domini sumus») e col. 92 («quo fit ut dominium, quod creaturae libero arbitrio praeditae in alias res habent, cum sit participatio quaedam divini dominii...»); Leonardo Lessius, *De justitia et jure*, Mediolani, 1613, p. 23, n. 1.

(44) Le differenziazioni fra *dominium sui* e *dominium rerum* non toccano la struttura delle due forme dominative, che è una e deve essere unitariamente valutata. Su di un altro piano, quello della connessione del bene oggetto di dominio con la

È questo l'importante: che la Seconda Scolastica — in una scelta che non ci sembra subisca perplessità o variazioni — ne avverta la natura di proprietà e come tale la costruisca; e non è importante solo per dimostrare l'assetto giuridico del suo pensiero ordinante, ma anche e soprattutto perché in tal modo la proprietà viene collocata all'interno del soggetto, viene concepita come qualità intrinseca del me, viene ad assumere, con implicazioni notevoli per la storia della dottrina della proprietà, una sua dimensione intrasoggettiva.

Si legga questo testo del fiammingo Malderus: «Omnis et sola rationalis natura dominii capax est; est enim dominii capacitas adaequata proprietas libertatis. Quod omnes patet. Quia dominium et potestatem habet proprii actus, eo ipso quo liberi est arbitrii» (45). Dove, se mal non intendiamo, la dimensione 'proprietà' è divenuta vitale alla dimensione 'libertà', e la capacità di esser proprietarii è capacità di realizzare pienamente la propria personalità, libera in quanto libera di volere e tanto più autenticamente libera in quanto capace di tradurre la propria volontà astratta nelle espressioni dominative che le sono naturali.

L'individuo nelle varie affermazioni della sua libertà, è sorpreso come proprietario; e l'individuo si vede non giustapposta ma naturalmente compenetrata la qualità di proprietario.

È una proprietà che ha intanto un oggetto e una prima ben definita funzione: l'oggetto è costituito dalle 'mie' azioni morali, dal 'me' espresso nelle mie libere scelte. Ovviamente, oggetto del *dominium* non potrà essere il 'me' fisico, il mio corpo, le mie membra, rispetto ai quali non ho nessuna libertà dominativa ma un uso vincolato secondo i fini della creazione; la Seconda Scolastica è sul punto decisa e recisa, anche se, per completezza, va registrato — e lo registrò l'impietosa, acuta lettura di Gregorio di Valencia — che nei primi sistematori, Vitoria e Soto, potentemente influenzati dalle

---

personalità del *dominus*, le differenziazioni non possono non porsi. Cfr. più avanti, p. 375, nota 250.

(45) GIOVANNI MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione. Commentaria ad Secundam Secundae D. Thomae*, Antverpiae, 1616-*Tractatus primus. De justitia, iure et dominio in genere*, caput IV, dubium I (p. 287). Giovanni Malderus, gesuita, nascque a Leuw-Saint Pierre (Bruxelles) nel 1563, morì ad Anversa nel 1633; studiò a Douai e a Louvain, dove seguì anche le lezioni di Lessius. Il suo 'De virtutibus theologicis et justitia et religione' appare ad Anversa nel 1616.

conclusioni dell'umanesimo laico, si parla non equivocabilmente di «dominium corporis sui» e di «dominium membrorum» (46), con un discorso che il coro degli altri teologi si rifiuta di accogliere in armonia con le proprie premesse (47).

È chiaro infatti che ci troviamo qui di fronte a una visione in chiave spiritualistica del fondamento individualistico della proprietà: tra poco, in un clima estraneo a teologie rivelate, tutta una cultura — quella inglese e non soltanto inglese — parlerà a gran voce di proprietà personale, cioè della propria persona intesa in senso affatto corporeo (48). È chiaro però anche, come più sopra rilevavamo, che ci troviamo di fronte a due modi diversi di sentire e risolvere la medesima esigenza, che appare pertanto a noi come l'esigenza d'una *coinè* socio-culturale.

Una funzione infatti che si affida a una simile proprietà è quella dell'autoconservazione (49), questa singolare pietra filosofale della riflessione etico-politica moderna, che tende a trasformare in proprietà tutte le situazioni nelle quali si concreta; e affiora qua e là un discorso — che avrà echi molteplici — in cui si legano proprietà, autoconservazione, energie e industriosità individuali (50).

Ma un operatore sociale di tanta vitalità qual'è l'*homo novus*

---

(46) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. 1, p. 110; ID., *De Indis recenter inventis, relectio prior*, p. 654. Una affermazione esplicita («homo coepit esse dominus in primis sui corporis et membrorum») è in DOMENICO SOTO, *Relectio ... in Quartum Sententiarum de Dominio* (ed. J. Brufau Prats, in DOMINGO DE SOTO, *Releccion «de dominio»*, Granada, 1964), p. 110. La 'Relectio' di Soto è del 1535; nel più tardo e più maturo 'de justitia et jure' la affermazione non sembra riprodotta.

(47) Che il rifiuto di una proprietà del proprio corpo sia assurto a vera e propria *communis opinio* lo attesta GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, quaest. X, col. 999. Egli però, dopo aver citato Vitoria tra gli adesivi alla tesi comune, aggiunge: «contra vero fertur sensisse aliquando idem Victoria» (*ibidem*, col. 999).

(48) Basti rinviare alle sollecitanti pagine di C. B. MACPHERSON, *The political Theory of possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, 1964. Una lettura proficua è poi quella del recente saggio di D. SCHWAB, *Die «Selbstverwaltungsidee» des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen*, Frankfurt am M., 1971.

(49) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. 1, pp. 72-73; DOMENICO SOTO, *Relectio in Quartum Sententiarum de dominio*, p. 110; ID. *De justitia et jure*, Lib. IV, quaest. II, art. 1, f. 81v; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 97.

(50) Siamo però ben lontani da quella insistenza sul principio 'lavoro', che è invece tipico dei nuovi filoni liberali, primo fra tutti quello lockiano.

dell'età postmedievale non può contentarsi d'una posizione soggettiva di semplice autonomia e di tutela di questa autonomia, ma deve tentare l'avventura aggressiva nel mondo delle cose concepito come un mondo opaco in attesa delle sue iniziative; e il *dominium sui* si traduce immediatamente nel *dominium rerum externarum* (51).

Questo è ancora poco: il *dominium rerum* altro non è che la dilatazione e l'espansione del primo, la conseguenza logica del primo, la insopprimibile plenitudine che corona il primo e compie appieno l'autonomia del *dominus*. Dice Vitoria, nel suo linguaggio conciso, a proposito della capacità soggettiva alla proprietà: «si ergo bruta non habent dominium suorum actuum, ergo nec aliarum rerum» (52). E Domenico Soto, di rincalzo, con la lucidità e concretezza che gli è propria: «Dominium exterarum rerum nemini nisi hac ratione convenit, quod sit ipse suarum actionum dominus; dominium enim quod quisque habet in suos actus, caussa est et radix eius quod habet in alias res» (53).

Dietro Vitoria e Soto è un coro unanime; la Seconda Scolastica non ha evoluzioni o variazioni in merito; è un suo principio fisso, indiscusso e forse indiscutibile (54). Perché è un principio che

---

(51) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, p. 35; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 92 e 96; LESSIUS, *De justitia et jure*, p. 31; ANTONIO D'ESCOBAR, *Universae Theologiae moralis receptiores absque lite sententiae nec non controversae disquisitiones. Tomi quinti pars prima, Justitia et jus ...*, Lugduni, 1663, liber XXVI. Dominium, Sectio prima, caput II, n. 14.

(52) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prima*, p. 662.

(53) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, f. 81r.

(54) DOMENICO SOTO, *Relectio in Quartum Sententiarum de dominio*, p. 102 («sicut solus homo est dominus actionum, solus ipse est dominus rei») e p. 110 («homo coepit esse dominus in primis sui corporis et membrorum ... item in totum mundum exteriorem accepit dominium»); ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 86 («qui sui aut suarum actionum dominus non est, aliarum rerum externarum dominium habere nullo modo potest, cum hoc secundum ex priori derivetur aut illud saltim necessario praesupponat»); SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, quaest. II, concl. I, p. 113 e concl. IV, p. 114 («homo habet dominium sui ipsius et suarum actionum ... fuit ergo maxime consonum rationi, ut haberet homo omnium rerum huius universi dominium, quo fit ut fundamentum dominii in homine sit liberum arbitrium ipsius»); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 75; MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 37 («quenamque suorum actuum dominium non habent, multo minus aliarum rerum poterunt dominium habere»), col. 91 e 92; LESSIUS, *De justitia et jure*, p. 23, n. 1 («illud est fundamentum dominii, per quod homo habet

suggella nel profondo l'istituto della proprietà e, prima ancora, ne suggella le estreme fondazioni antropologiche.

Era questa dei nostri Maestri una operazione vitale, perché assumeva il significato di recuperare il 'mio' entro l'area del 'me' nel momento in cui costituiva il 'mio' quale ipostasi necessaria della mia individualità. Sul piano della storia della cultura giuridica moderna essi compivano, né più né meno, se pure con diversi strumenti e con diverse prospettive, la fondazione anche ideologica della proprietà, affanno che impegnerà tutta la speculazione etico-politica attraverso il Seicento e il Settecento (55).

La proprietà delle cose esterne è l'ipostasi necessaria d'una dimensione di me che è pur essa *dominium*; ne è quasi il riflusso, il contraccolpo obbligato: «[homo] per [intellectum et voluntatem] immediate habet potestatem in suos actus et per suos actus in res externas» (56). Con il risultato di concepire tutto questo come emanazione del soggetto che, pur da lui provenendo, a lui rifluiva in un moto sempre centripeto; con il risultato di interiorizzare la proprietà nella sua costituzione intima, di vederla e di coglierla, almeno nel nucleo fondamentale, come fenomeno intrasubbiettivo; con il risultato di proporre l'avere come una dimensione dell'essere di un uomo che è per vocazione, per missione, per natura un proprietario.

L'operazione ideologica era di straordinaria solidità: l'avere si agganciava nel profondo, nella natura stessa del soggetto, nel costituirsi a *dominus* dell'uomo in quanto figlio di Dio 'dominus supremus' (57). Almeno questa particola minima del 'proprio' era

---

potestatem disponendi de rebus; hanc autem habet per intellectum et voluntatem, quia per haec immediate habet potestatem in suos actus et per suos actus in res externas»). SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, pars secunda, lib. IX, cap. IV, De Subiecto dominii, n. 2 (p. 548) («qui suarum actionum dominus non est, multo minus aliarum rerum dominium habere potest»); MALDERUS, *De virtutibus theologicis*, tract. I, cap. IV. De subiecto dominii, dub. I (p. 287).

(55) È quasi superfluo ricordare le affinate analisi di cui la proprietà è oggetto nella riflessione lockiana e, più tardi, nella accurata sistemazione fisiocratica, dove è problematico individuare il livello della diagnosi scientifica e quello della fondazione ideologica.

(56) La frase è di Lessius, ed è già stata da noi citata alla nota 54.

(57) «Deus hominem ad sui imaginem condidit, hoc est rationalem et liberum, per

assolutizzata, ontologizzata, era sicuramente di diritto divino e, come tale, non discutibile (58).

In tal modo era l'idea del *proprium* ad essere assolutizzata con rilevanti conseguenze — come vedremo — per la teorica della proprietà. Il *dominium* diventava volontà di affermazione di se stesso nel tempo, privilegio della creatura razionale che vuole espandere se stessa sul terreno delle cose; e nella sua volontà, nella *vis* che intrinsecamente gli è propria, si scopriva e si motivava la saldezza della *connexio* fra uomo e cose realizzata con la proprietà e che soltanto dalla volontà — e non *aliunde* — traeva vita (59).

Insegnerà Molina: «quae mente sunt praedita, per suum arbitrium dominium habent suorum actuum ...; sic etiam per idem arbitrium capacia sunt dominii aliarum rerum» (60). È lo stesso *arbitrium* — tradurremmo noi: la stessa volontà libera — che sorregge le due proprietà: queste sono non istituti diversi, ma semplicemente manifestazioni in direzione diversa della stessa nozione di proprietà, che è una e che è tecnicamente rigorosa, ed è una perché una è la sua radice.

Nessun salto qualitativo dalla proprietà delle mie azioni alla

---

quam rationem et voluntatem dominium habet suarum actionum, inde factus est rerum dominus» (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. V, art. 1 (f. 88r).

(58) «Homines suapte natura et jure coeperunt esse domini suarum actionum, ut illa libertate creatori servirent. Quo fit, ut aliqua dominiorum divisio iure naturali facta fuerit, nempe haec actionum et quod homo habet proprii honoris et famae. Haud enim iure gentium, sed naturali factum est cuique proprium» (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. III, f. 85r).

(59) Sono parole del cardinal De Lugo, che mette conto di trascrivere: «ad dominium autem videtur requiri [voluntas libera], cum dominium sit in ipsa voluntate, sine qua non videtur posse fieri dominus rei, qui aliunde non habet connexionem cum re, ratione cuius debeat aliis omnibus praeferri in eius usu» (GIOVANNI DE LUGO, *Disputationum de justitia et jure tomus primus*, Venetiis, 1751, disput. tertia, sectio prima, n. 15 (p. 26). L'instaurazione di un vincolo tanto saldo fra uomo e cosa, come quello del proprietario con la sua cosa, desta la curiosità intellettuale dei più sensibili Maestri della Seconda Scolastica; il De Lugo ne ravvisa esplicitamente il fondamento nella forza dominativa della volontà del soggetto operatore, capace di inglobare la cosa nella sua sfera d'azione.

(60) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 18, col. 91.

proprietà di un fondo (61), ma l'una e l'altra rappresentano una sola identica risposta di un individuo che tende a realizzare in forme possessive la vitalità della sua libertà: «potissimum radicatur dominium in libertate voluntatis» (62).

È un domenicano, il Bañez, a precisarcelo, esprimendoci felicemente una convinzione generale (63) e riallacciandosi idealmente alle conclusioni della controversia della povertà e alle saldezze antropologiche della antropologia francescana (64). La citazione di Tommaso, che la sua fedeltà di religioso appartenente allo stesso ordine gli impone di scrivere, ha quasi sapore di *auctoritas* formale.

Tra il sistema dell'Aquinate e queste moderne invenzioni la distanza è grande; e quasi ci verrebbe voglia di affermare che molti agganci culturali tra il testo della *Summa* e questi trattati cinquecenteschi — che pur sono formalmente un commento di essa — sono stati impietosamente resecati. San Tommaso si sarebbe ben guardato dal fare del *dominium* l'asse portante del suo ordine: fra le sue trame riecheggia l'idea del *dominium sui* rimbalzata dalle pagine dove i francescani avevano cominciato la loro insistente, sempre più insistente riflessione, e vi è appena accennato il nesso fra *dominium suorum actuum* e *dominium rerum:* occorrerà una lunga avventura intellettuale in altra direzione a che i tempi, gli operatori culturali, la società siano maturi per esprimere in tutta la sua pregnanza e compiutezza un nesso che si contraddistingue ai nostri occhi d'una lucida, straordinaria 'modernità'.

Un'ultima considerazione, prima di chiudere su questo punto:

---

(61) Non incide sull'assetto intrinseco dei due *dominia* il fatto che il primo possa essere di diritto naturale e il secondo di diritto delle genti.

(62) BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

(63) Testimonianze significative in tal senso sono quelle di DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, Lib. IV, art. 1, f. 79v; di ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 86; di SALON, *Controversiae de justitia et jure*, Tractatus de dominio rerum, quaest. II, concl. IIII, p. 114 («quo fit ut fundamentum dominii in homine sit liberum arbitrium, ipsius»); di SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, pp. 34, 35, 36; dello stesso BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 80, 81; di LESSIUS, *De justitia et jure*, cap. IV, p. 23; di SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. IIII, p. 548; di DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disput. III, sect. prima.

(64) Abbiamo indicato queste saldezze nel nostro lavoro: *Usus facti*, cit., cui non ci resta che rinviare (cfr. pp. 306 ss.).

alla luce di quanto detto poco sopra si giustifica tutta la foltissima letteratura 'de dominio' che, dal Trecento in poi, sempre più si infittisce; e si giustifica soprattutto quella letteratura 'de dominio Christi', 'de domínio divino' ([65]), che ostenta piena vitalità ancora nel Cinquecento: affannandosi nel dimostrare che Cristo, durante la sua vita terrena, fu proprietario di alcunché, si veniva da parte di questi scrittori ad affermare la pienezza della sua dignità almeno per quanto atteneva alla sua natura umana ([66]). Lo zelo encomiabile messo nella dimostrazione, interpretabile da un osservatore superficiale come patologica degenerazione di un malinteso senso devozionale, riassume, per il riconnettersi della proprietà alla pienezza della sfera volitiva, una sua maggiormente autentica validità storica, sottraendosi alla opacità di certa letteratura ascetica.

Osserviamone, per un momento, un distinto esemplare ben inserito nel nostro alveo culturale, il 'De dominio Christi' dell'agostiniano Alfonso Mendoza, una *relectio* tenuta nel 1586: ciò a cui il buon frate tende è provare che il Cristo, anche se non esercitò mai il diritto di proprietà, lo ebbe almeno come titolarità, come dignità «solum quantum ad ius et proprietatem» ([67]). Questo si esigeva per esaltare in lui la perfetta natura umana accanto alla divina .

([65]) Qualche indicazione in tal senso nel nostro: *Usus facti*, cit., *passim*.

([66]) In fondo, malgrado che la conclusione ultima sia addirittura capovolta, l'itinerario logico e le scelte sostanziali sono le stesse dei teologi francescani disputanti sulla questione della povertà.

([67]) ALFONSO MENDOZA, *Relectio de universali Christi dominio ac regno, quod rerum habet et qua Deus et qua homo est*, in appendice ad A. M., *Quaestiones quodlibeticae* ..., Salmanticae, 1596: «potestatem itaque ac dominationem Christum non quantum ad usum et exercitium ... sed solum quantum ad ius et proprietatem regni et (ut ita dicam) quantum ad habitum, in hac vita habuisse contendimus» (p. 708). *Dominium* significa volontà creativa e potestativa, e sarebbe ingiusto defraudarne il Cristo nella pienezza della sua natura umana; di questa natura il *dominium* è una *dignitas*, perché esso è affermazione della propria individualità, segno importante dei meriti del soggetto. La povertà è circostanza rispettabile, che attiene alla perfezione spirituale, soltanto quando essa è frutto di un consapevole e generoso atteggiamento volitivo, com'è nel caso del religioso che ne ha fatto oggetto di voto. Diversamente, la povertà è uno stato che suscita diffidenza nel teologo, quasi che essa sia direttamente proporzionata ai meriti, allo zelo, alle energie individuali (oh, il vecchio Max Weber!). È per questo che Mendoza respinge sdegnosamente le affermazioni di certi riformatori che descrivevano povera la Vergine Maria: «opportune hic, ne dicam necessario, examinandum restabat

V. Il discorso si veniva facendo complesso, e complessa l'analisi della proprietà, che ne scaturiva. Forse mai prima della Seconda Scolastica, eccezion fatta della controversia sulla povertà, il tema della proprietà — questo segno rivelatore dell'età nuova — è stato agitato con tanta dovizia di trattazione, tanta autonomia d'indagine, tanto interesse da parte del ricercatore.

L'interesse nasceva dall'aver inserito il problema all'interno dell'autonomia del singolo e dall'aver coscienza quindi che non era più in questione un istituto della organizzazione meramente obbiettiva della società. La lama indagatrice del teologo-giurista si immergeva ormai in un corpo vivo, entro i confini della individualità stessa. E da più parti si conclama sempre più consapevolmente che la proprietà «pertinet ad dignitatem» (68), che essa è «quaedam perfe-

---

an Christus vere fuerit mendicus in hac vita existens et verus pauper. Lutherus namque et Bullingerus et alii insani fabulatores Beatae Virgini infensi, sic loquuntur, apud Petrum Canisium, Mariam pauperculam nullius aestimationis puellulam credi potest, adeo abscuram fuisse apud Nazareth ... Nos vero breviter, etsi negamus Mariae et Christi Domini vitam aliquando cum paupertate fuisse coniunctam, tamen eam penuriam voluntariam et possessionem propriam habuisse» (p. 710). Dopo aver provveduto di beni la Beatissima Vergine e San Giuseppe, il buon frate può starsene tranquillo. Due ultime notazioni sul testo mendoziano: innanzi tutto, che il teologo agostiniano apprezza positivamente l'intervento legislativo con cui Giovanni XXII volle porre termine alla questione della povertà e col quale definì eretica l'affermazione che Cristo e gli Apostoli «nihil proprium habuisse» (p. 711). Senza preoccuparsi minimamente del contesto entro cui la decretale pontificia si inseriva, Mendoza ne afferra solo quanto a lui preme: l'elogio del 'proprium', l'immagine dell'uomo Cristo dotato di un 'proprium'. In secondo luogo, che egli si rifà significativamente a Jacopo Almain, il quale nel suo 'De potestate ecclesiastica' tuonò contro la mendicità del Cristo. Almain, com'è noto, è il teologo della *nouvelle vague* parigina, la quale, a cavaliere tra il Quattrocento e il Cinquecento, contribuì potentemente a una inclinazione della scienza teologica in chiave nominalistica e volontaristica. Non si creda che l'atteggiamento di Mendoza sia isolato; anzi, si inserisce in una coscienza dottrinale che è comune. Della quale possono reperirsi molteplici testimonianze; significativa quella offertaci dal teologo italiano LUDOVICO CARBONE, che, nel suo *Tractatus de omnium rerum restitutione,* Venetiis, 1592 (q. II, p. 10), concepisce il *dominium* come attributo di ogni entità, anche metafisica: « primum igitur dominium tanquam in fonte reperitur in Deo et Sanctissima Trinitate. Deinde in Christo domino, etiam secundum naturam humanam considerato; quod dominium acquisivit vel ex unione naturae humanae cum divina, vel etiam ex merito ... Beatissima etiam Virgo privata quadam ratione est omnium rerum domina. Angeli quoque et tandem homines, de quorum dominio in praesentia privatim loquimur ».

(68) BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia,* ad quaest. LXIII, p. 84.

ctio» (69): consapevolezza consequenziale all'aver impostato il 'mio' come prosecuzione e completamento del 'me' sul terreno delle cose.

È da questo nodo concettuale che nasce la drammaticità del problema del 'mio' come problema di una definizione e di una determinazione rigorosa di esso. Siamo al centro del patrimonio di pensiero di tutta la Seconda Scolastica e siamo nel nucleo essenziale dell'itinerario dei prossimi capitoli. Qui vogliamo solo seguire alcune manifestazioni più aperte della generale vena sotterranea come affiorano in talune sensibilità particolarmente acuite, nelle quali la ricerca del 'vero' si attua più distesamente e il problema ha una sua impostazione icastica.

È quanto sorprendiamo in Molina, il pensatore che — situato, come vedremo, in un delicato spartiacque nel divenire della Seconda Scolastica — spinge più a fondo lo sguardo. Qual'è — egli si domanda — la identificazione prima della relazione fra soggetto e cosa che chiamiamo *dominium*? Consiste essa nel cumulo dei poteri, o in uno dei poteri, che il *dominus* ha riguardo alla cosa, oppure in qualcosa che antecede, cronologicamente e logicamente, il coagularsi dei poteri? Risponde fermo Molina: «facultas seu ius perfecte disponendi est effectus dominii, non secus ac facultas ridendi est effectus hominis» (70). A livello dei poteri del proprietario non siamo insomma ancora nel momento costitutivo del *dominium*; rispetto ad essi il *dominium* è ancora un *prius*, tant'è vero che io posso trasferirli a un *procurator* o a un amico senza che io abbandoni necessariamente la mia titolarità di proprietario.

Ma l'indagine del teologo va oltre. Lo «ius ad utendum re aliqua et ad illam alienandum et consumendum distinctum quid est a dominio», il quale «in eo praecise est positum, quod res sit sua simpliciter». Più sotto ripeterà ribadendo: «ratio dominii circa unam rem est unica et simplicissima» (71).

---

(69) BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXIII, p. 75. Ma si vedano anche SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XVI, p. 77, e SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. II, concl. II, p. 113.

(70) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 35.

(71) Trascriviamo qui, per intero, in tutta la sua organicità, l'importante testo moliniano: «Dubium est hoc loco an dominium formaliter et essentialiter sit ius, ita ut ius sit genus comparatione dominii, an vero relatio dominii sit quippiam antecedens

La proprietà è cioè l'area del 'mio', di ciò che è autenticamente mio; in quanto tale, non può che proporcisi come una relazione elementare, la più elementare possibile, tra soggetto e cosa; una relazione immediata, anzi per sua natura sottratta a possibilità di intermediazioni, unitaria, giacché vede impegnata la mia individualità rispetto alla individualità della cosa a tal punto che essa diventa 'mia'.

Non siamo alla soluzione del problema, non si identifica ancora e si isola il segno non equivoco del 'mio'. Si indica però, da parte di Molina, che la soluzione va raggiunta al di là di facili appagamenti che si fondino sulle manifestazioni esterne e va cercata nel più riposto dell'umana natura; il *dominium* come *relatio simplicissima* non può che radicarsi nella costituzione del soggetto; e di «ius

---

facultatem iusve perfecte disponendi de re cuius sumus domini, quasi dominii definitio descriptiva sit, tradita per effectum proprium dominii. Et quamvis metaphysica haec non multum ad rem moralem conferat communiterque dici consueverit ius esse verum genus dominii, contrarium mihi videtur verius. Primo, quoniam recte dicimus, quia Petrus est dominus huius rei, habet facultatem perfecte de illa disponendi; e contrario vero non recte dicimus, quia habet facultatem perfecte disponendi de hac re, est dominus illius; sicut etiam non recte dicimus, quia non habet facultatem ridendi est homo, ergo facultas seu ius perfecte disponendi est effectus dominii, non secus ac facultas ridendi est effectus hominis. Secundo, quoniam esse suum seu proprium alicuius videtur correlativum domini; dominus enim est qui habet aliquid suum simpliciter: quod si id sit alius homo, appellatur servus, qui relative dicitur ad servi dominium, suum autem simpliciter, sive id sit alius homo, sive quaecumque alia res est correlativum adaequatum domini in commune; cum ergo esse suum, quod correlativum est domini et obiectum iuris facultatisve ad utendum re, sive sua ea sit sive aliena (quod correlativum est iuris) sint longe diversa, efficitur ut ius et dominium non sint idem formaliter, sed relatio iuris relationem dominii ea ratione consequatur, quod idcirco unusquisque facultatem habeat non solum utendi sed etiam disponendi perfecte de re aliqua, quod illa sit sua ipseque dominus sit illius. Tertio, potest quis conferre procuratori suo aut amico in bonum amici ius tum ad utendum re sua omnibus modis quibus ipse uti potest, tum etiam ad illam alienandum et consumendum retento sibi dominio, interim dum rem non consumit aut alienat: ergo ius ad utendum re aliqua et ad illam alienandum et consumendum distictum quid est a dominio, quod in eo praecise est positum, quod res sit sua simpliciter. Confirmatur, quoniam ius ad utendum re aliqua et ius ad eam alienandum sunt iura distincta potestque unus et idem habere multa iura circa unam et eandem rem pro diversitate obiectorum, ad quae sunt ea iura, sed ratio dominii circa unam rem est unica et simplicissima; ergo ratio iuris ad perfecte utendum et disponendum de re aliqua diversa est a ratione dominii ...» (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 36).

radicale» (72), di «potentia radicalis» (73) si parlerà da qualche dottore più tardo.

L'indicazione del grande Maestro di Evora è di non baloccarsi tra il cumulo degli 'jura' e delle 'facultates' che rappresentano la manifestazione sociale del proprietario; il *dominium* è qualcosa di più e di diverso da ritrovarsi nell'area del pregiuridico, oltre lo schermo forse falsificante delle situazioni giuridiche, in zone dove il giurista può, dai confini estremi, gettare uno sguardo di sgomento e dove solo il teologo-giurista può presumere di avventurarsi.

È una visione ontologizzante della proprietà che esaspera il discorso antropologico del precedente capitolo: taluno si rifiuterà di seguire Molina in questo suo procedere oltre (74), talora si identificherà la *ratio prior* a livello dei poteri giuridici e se ne resterà paghi (75), ma la riflessione critica moliniana sull'esigenza di non scambiare per motivazioni di base dei semplici effetti è presente nelle sensibilità più vive; come in Gabriele Vasquez (76) o in Domenico Bañez (77). Quest'ultimo arriva addirittura, nel processo di assolutizzazione della proprietà, a negargli il carattere di relazione (78): proporre il *dominium* come rapporto, come

---

(72) DE LUGO, *De justitia et jure*, T. I, disp. II, sect. I, n. 9 («dominium sonat ius radicale et ex quo oriuntur seu cui subordinantur alia iura»).

(73) CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. VI, n. 1.

(74) Come MALDERUS, *De virtutibus theologicis*, tract. I, cap. III, dub. I.

(75) Afferma con franchezza Gregorio di Valencia che, a proposito della somma dei diritti del proprietario, «neque huius est petenda ratio prior; agimus nam iam de prima ratione ipsius dominii quam dicimus esse uniuscuiusque facultatem libere utendi rebus propter seipsum» (GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, coll. 994-995). Non dissimile è anche la conclusione di LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 3, dub. II, p. 17, quando insegna che «perfecta ratio dominii non est prior iure et potestate disponendi de re, sed hanc essentialiter includit» (ma si veda, a p. 23, l'ammissione che «dominium ... immediate fundatur in potentiis»).

(76) «quamvis enim dominium sic definiatur: facultas alienandi rem in quoscunque usus, tamen haec definitio traditur ab effectu ipsius dominii. dominium autem consistit in radice et quasi fonte huius facultatis ...» (GABRIELE VASQUEZ, *Commentariorum ac disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae tomus secundus* ..., Lugduni, 1631, disput. CLXIX, cap. IV, n. 32).

(77) BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

(78) È chiaro che qui si attribuisce al termine 'relazione' tutta la pregnanza tecnica che ha nella metafisica e nella logica della Scolastica. Su questa nozione, cfr. A. KREMPEL, *La doctrine de la relation chez Saint Thomas*, Paris, 1952.

'relatio ad', ha per Bañez il significato di operarne un deformante condizionamento, una pericolosa relativizzazione, mentre è in lui ferma la convinzione che «dominium est perfectio animae et hominis dignitas», «non est relatio formaliter, sed potestas absoluta ordinata ad actus reales» (79). Non v'ha dubbio che con Molina, Vasquez, Bañez ci troviamo di fronte a testimonianze esasperate che non sarebbe lecito generalizzare. Un dato è però certo: l'invito ad approfondire il problema è generalmente raccolto, e generale è la tendenza a risolverlo sul piano intrasubbiettivo, mostrando che gli stessi semi — che han dato qualche frutto più vistoso — fecondano tutta l'area culturale della rinascita teologica cinquecentesca.

VI. Seguiamo i nostri Maestri in questo loro approfondito tentativo di non equivoca identificazione del 'mio' e raccogliamo soprattutto la loro indicazione di metodo a non cercare quella identificazione in appariscenti circostanze estrinseche al soggetto e a non allontanarsi troppo da lui; perché in lui è la radice del problema e la sua soluzione.

Non dimentichiamo l'insegnamento di Suarez, cui abbiamo accennato poco sopra: «idem esse censetur nostros actus esse liberos et nos illorum habere dominium ...», «actus ... vere est sub hominis dominio, quia simpliciter est liber», «dominium ... in intrinseca facultate libere operandi consistit», «nihil deest ... ad perfectam dominii rationem», se è in gioco la «nostra libera et propria facultas» (80).

Con insistenza, nel giro d'una pagina, si ribadisce lo stesso principio: che la condizione necessaria perché si abbia una posizione dominativa è una posizione di libertà; che il *dominium* costituisce di essa la rappresentazione storica più fedele ed autentica, è anzi di essa, sul piano storico, la dimensione prevalente.

La visione individualistica della realtà sociale elaborata nel seno della filosofia francescana ha qui, in questo maturo Cinquecento, una straordinaria possibilità di traduzione concreta; la comunità non è sorpresa tanto come valore soprastante riposto in essa quale fatto

(79) *Loc. cit.*, alla nota 77.

(80) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, pp. 34 e 35.

globale, quanto come somma di valori individuali; e ciascun valore si afferma tale per sua intrinseca costituzione che precede la comunità e che viene anzi opposto alla comunità come un *quid* intangibile e inalienabile. La libertà del singolo è il presupposto ineliminabile di ogni *dominium*, ma il *dominium* è l'aspetto dinamico stesso della libertà, è la libertà in azione nel suo più tipico meccanismo protettivo; è, se vogliamo, la libertà stessa, esaminata dall'esterno del microcosmo, nella sua realizzazione in forme possessive della natura.

Al fondo di tutte le teoriche, che andiamo studiando, c'è la consapevolezza sentita e sofferta di un interscambio intimo fra libertà e proprietà, di una interpenetrazione, che avviene già a livello teologico, per cui l'uomo-proprietario rappresenta la pienezza dell'uomo-libero, l'uomo-libero garantito nella sua vicenda storica da uno strumento scaturito dalla sua più intima natura e che si identifica addirittura con la sua immagine più vivace e dinamica.

Le premesse volontaristiche della tarda Scolastica sono qui pienamente operanti, e ci consentono di non aver dubbi sul significato del nesso libertà-proprietà; ci consentono anche di giustificare perché, nel pensiero della Seconda Scolastica, le caratteristiche prime del *dominium* siano fissate nella 'ratio independentiae' e nella 'ratio superioritatis'. Nella logorante ricerca dei segni del mio, che conduce i nostri teologi per ardui sentieri di indagine, spetta ad esse il primo posto.

Il 'mio' è la sfera del *proprium*, cioè della mia autonomia dagli altri, corroborata verso gli altri da una cintura non insignificante di beni. La mia posizione giuridica — perché possa ascendere al rango di *dominium* — deve prima conseguire la elementare qualità dell'indipendenza; il *dominus* deve poter compiere ogni operazione che gli si compete «propria authoritate» ([81]), in virtù di un processo volitivo che nasce, si evolve e si risolve all'interno della sua autonomia; la *dependentia* ferisce a morte la possibilità dell'uomo di realizzarsi a compiersi in proprietario ([82]).

([81]) L'affermazione è comune: vedine un esempio in MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 34: «Propria virtute» dirà invece FRANCESCO SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda. De statu perfectionis et religionis*, in *Opera amnia*, t. XV, Parisiis, 1859, p. 563.

([82]) Cfr. soprattutto SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 2, concl. I, p. III.

Consisterà proprio qui una difficoltà quasi insormontabile per arrivare ad elevare a *dominia* i diritti reali limitati d'uso e di usufrutto. A tacer d'altre considerazioni inerenti al raggio d'azione di quei diritti, il discorso pregiudiziale e che solo vale ad escluderli dall'area del *proprium* è la relativa *dependentia* dal *dominus rei* che, per loro natura, affermano anche sotto il profilo logico (83). E quando, nella scia della grande controversia post-medievale della povertà, i nostri Maestri, ognuno di essi, dedicherà, nei trattati 'de dominio', un capitolo speciale alla condizione giuridica di quei beni che l'ordine francescano sembra di fatto possedere perpetuamente, si negherà a quella condizione ogni carattere dominativo per essere quella — se pure di fatto perpetua — dipendente dalla volontà del Sommo Pontefice e perciò revocabile in ogni momento: «dominium est ius in re absolutum et firmum non dependens ex alterius nutu et arbitrio, hoc autem est conditionatum et debilissimum» (84). Dove, se non andiamo errati, *absolutus* riassume il suo significato primo di sciolto da rapporti e vincoli d'ogni sorta, e, nella specie, configura un diritto liberato dai condizionamenti che dagli altri soggetti possono provenire, e perciò assolutizzato.

Affermare — come nel testo di Lessius ora citato generalmente si fa — la indipendenza del proprietario significa perciò marcare il distacco del proprietario dagli altri consociati, segnarne con precisione i confini, risolvere il problema del 'suum' nel problema della

---

(83) Dirà Soto, descrivendo la sua definizione del *dominium* come 'facultas propria': «Addiderim autem 'propria', ut dominium distinguatur a mera possessione, usu et usufructu. Etenim qui tantum habet usum aut usumfructum, non habet propriam facultatem sed dependentem a vero domino vel a judice id permittente. Itaque, quod non soli barbari verum et latinissimi, iurisprudentium more, iam proprietatem dicunt, id magis latine dicitur propria facultas» (Domenico Soto, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v). Si veda anche Gregorio Di Valencia, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 993, di cui è significativa la seguente — ridondante e pleonastica — espressione tendente a cogliere il nucleo costitutivo del *dominium* «in propria facultate, id est independente ab alterius hominis voluntate, sed dependente a voluntate eius, qui habet verum et directum (ut vocant) dominium ... Unde ius usuarii sive usufructuarii non est proprie dominium, quamvis solet quidem improprie appellari dominium utile sive indirectum». L'insegnamento è costante: cfr. Vitoria, *In Secundam Secundae. De justitia*, q. LXII, art. 1, n. 7 (p. 66). Cfr. anche la testimonianza riassuntiva di Sayr, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 2 (p. 538).

(84) Lessius, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 3, dub. VIII, n. 32 (p. 20).

perfetta autonomia della volontà del *dominus*. Esordendo sul tema del *dominium* lo stesso Lessius aveva detto *in limine* a tutta la sua riflessione: «Suum autem dicitur, quod ita subiectum et astrictum illi, cuius esse dicitur, ut possit de eo disponere proprio iure, non ex commissione alterius» ([85]).

L'indipendenza del soggetto proprietario, mentre eleva uno schermo invalicabile verso l'esterno (sia esso composto di altri soggetti o di cose), agevola il moto centripeto dei beni oggetto di dominio verso il *dominus*, accentuando quella osmosi tra 'me' e 'mio' cui abbiam dato rilievo nelle pagine precedenti. Tra le funzioni che gli sono congeniali, spetta anche questa al *dominium*: di costituire il soggetto *absolutus*, di essere di lui più una *perfectio* che una relazione; di essere anzi quasi un valido strumento resecatore di rapporti nel momento in cui si irrobustisce il carattere di monade.

Ma l'indipendenza è ancora una qualità troppo generica; se essa marca nettamente i confini esterni del 'mio', è anche vero che essa pone il *dominus* allo stesso livello degli altri consociati. Non v'è infatti nella nozione di indipendenza nulla che possa operare un distacco sostanziale del *dominus*, che possa costituirlo in posizione particolare e diversa; come nozione a carattere prevalentemente negativo, l'indipendenza segna dall'esterno i confini senza svolgere all'interno una sua positiva azione. Affermando che un soggetto è in posizione di indipendenza si afferma infatti soltanto l'inesistenza o l'impossibilità di esistere di legami umilianti, di derivazioni condizionanti, lasciando intatta una zona di vuoto che la nozione non può né vuole coprire.

È chiaro — quindi — che porre l'indipendenza come prima manifestazione della proprietà e del proprietario fosse per la Seconda Scolastica soltanto il primo, generalissimo momento d'una analisi che doveva necessariamente procedere oltre e dare un contenuto non equivoco al 'mio'.

Nell'idea di libertà — almeno così come era porta dalla tradizione volontaristica e accettata dai nostri Maestri — emergeva con chiarezza, accanto all'idea sottostante di indipendenza, quella di

---

([85]) LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 2, dub. I, n. 1 (p. 16).

superiorità (86): la proprietà, quale espressione della 'dominativa facultas' che è la libertà, tende a costituirsi come superiorità e a operare per il proprietario un sensibile spostamento di piano.

Non dimentichiamo le premesse teologiche in cui affonda la teorica della proprietà: l'uomo fruisce della libertà grazie alla sua filiazione da Dio, per essere strutturato, lui creatura, a immagine del modello increato; ed è sempre a lui come immagine della Divinità che conviene al massimo grado il *dominium*, visto e sentito come aspetto di quella libertà (87).

La mia libertà, la mia indipendenza, la mia preminenza sulle cose — che sono le fondazioni ontologiche della proprietà — hanno radice in una antropologia che si fonde con le certezze prime d'una teologia della creazione, ma che diviene articolazione anche giuridica di forme storiche del soggetto. La *ratio superioritatis* è intrinseca al soggetto: nel momento stesso in cui egli lascia la sua generica capacità di *dominium*, e la traduce in uno specifico potere, nel momento cioè in cui egli realizza in sé specificamente, in quanto *dominus*, l'ombra — sfocata forse ma sufficientemente fedele — del *dominus* supremo, in quel momento si realizza in lui e prende contorni concreti quella *potentia* nascosta in lui che è la superiorità sulle cose.

Ma che si vuol dire con questo termine sonoro ma semanticamente vuoto? Se si vuol soltanto significare una posizione di distacco che generi, come correlativo, posizioni di inferiorità, allora quella stessa *ratio* compete al padre sui figli, al marito sulla moglie, al principe sui sudditi, al prelato sopra i suoi *subiecti* (88). Col che si sarebbe giunti a una totale mistura tra situazioni di diritto pubblico e di diritto privato, che, come vedremo in seguito e per le ragioni

---

(86) GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 310 ss. Si rileggano però anche le chiarificatrici pagine del VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 263 ss.

(87) Basti una citazione: «ut convenientissime dicatur imago Dei propter praeeminentiam dominii» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 88. Cfr. J. BRUFAU PRATS, *La nociòn analogica del «dominium» en Santo Tomàs, Francisco de Vitoria y Domingo de Doto*, in *Salmanticensis*, IV (1957), p. 96 ss.

(88) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. II, p. 106; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73; LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 3, dub. I, n. 1 (p. 16).

che esporremo (89), la Seconda Scolastica vuole accuratamente evitare.

E infatti con decisione la evita: il *dominium*, per funzione e per contenuto, nulla ha a che spartire con la *jurisdictio*; la superiorità che esso provoca non è generica, ma identificabile con assoluta precisione, ed è esattamente quella che si concreta nella correlazione *dominus-servus* (90).

Il discorso aveva trovato una sua naturale trasfusione dal teologico al giuridico, dal generico allo specifico, mentre cominciava a mettersi in luce un profilo contenutistico; e si metteva, nello stesso tempo, a frutto una correlazione che era stata vivissima nella Scolastica e che aveva avuto straordinaria utilizzazione da parte dei disputanti sulla povertà e soprattutto da San Bonaventura (91).

Nel rapporto *dominus-servus* tutto è strumentale al *dominus*, tutto è a lui finalizzato: «herus possidet servum tanquam instrumentum quo utitur» (92). In questo rapporto, la superiorità del *dominus* si concreta in una forza assorbente di straordinaria intensità, la quale non consente situazioni di autonomia; ogni situazione che in esso venga a inserirsi si degrada a mera proiezione dei diritti e dei poteri del proprietario.

Il *servus* non emerge oltre il rango modestissimo di dato terminativo della latitudine dei poteri del *dominus*, non ha né può avere scopi ed esigenze suoi; gli scopi e le esigenze rilevanti all'interno del rapporto (usiamo ancora questa espressione senza addurvi alcun significato tecnico) sono soltanto del *dominus* (93).

Se lasciamo da parte l'immagine icastica e puntuale del servo e vi sostituiamo quella più generale di cosa, oggetto normale di dominio nella società cinquecentesca, si vede come questo avvio d'un'analisi del *dominium* aveva una direzione immediata: quella di negare rilevanza alle istanze che provengono da una lettura dispo-

---

(89) Cfr. più avanti, p. 323.

(90) Particolarmente puntuali le testimonianze di DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. II (p. 106); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73.

(91) GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 325.

(92) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v.

(93) Ribadisce Salon (*loc. cit.* alla nota 90): «hoc enim est esse servum, ut totus sit domini».

nibile delle cose e da una interpretazione fedele del senso delle cose stesse. Le cose — al pari del servo che giuridicamente è loro equiparato — avevano una collocazione semplicemente strumentale.

VII. La strumentalità delle cose all'uomo, elementare principio della visione cristiana del mondo, che tutta la Scolastica conclama e che lo stesso Tommaso non manca di enunciare limpidamente (94), viene qui drasticamente esasperata. Non credo che si esagererebbe affermando che la cosa è qui vista e valutata soprattutto come pretesto per la affermazione della 'mia' libertà, come occasione per rendere più stabile e solida la 'mia' libertà, e la proprietà è costruita più come una libertà sulle e dalle cose che come istituto con una funzione economica prevalente.

Se v'è infatti un dato che sfugge — ci sembra opportuno ripeterlo ancora una volta — è il mondo delle cose come entità organica autonoma, come entità in qualche modo condizionante per il mondo del soggetto.

Insegna Soto: «dominium ... non quodcumque ius et potestatem significat, sed certe illam quae est in rem, qua uti pro libito nostro possumus in nostram propriam utilitatem quamque ob nos ipsos diligimus» (95). Rinviamo a più tardi l'esame della prima parte della precisazione e limitiamo per ora la nostra attenzione all'inciso finale. Le cose sono oggetto di manifestazioni volitive senza disponibilità recettizie da parte del volente, ma con l'unica disponibilità a inglobarle all'interno della sfera individuale e a costituirle quale ulteriore fondazione di quella sfera. L'attenzione dell'uomo verso di esse non è contemplazione neutrale, ma moto possessivo; l'unica contemplazione rilevante di esse è quella che si rifrange sul soggetto, che apporta qualcosa al soggetto: solo in quanto diano un contributo alla 'mia' individualità, esse possono rappresentare oggetto di dominio. E ha ragione Soto di sottolineare che nel *dominium* il moto del soggetto è solo apparentemente e mediatamente verso l'esterno, ma che conclusivamente non potrà non convertirsi in un moto di ritorno; il vero fine sostanziale di ogni atto dominativo è niente altro che il 'me': «ob nos ipsos».

---

(94) Cfr. *Summa Theolog*, Pars Prima, q. XCVI, art. II.

(95) Domenico Soto, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v.

Ci sia consentita la citazione di un altro testo, che scaturisce dallo stesso filone culturale e che esplicita e puntualizza il discorso or ora fatto: grazie alla proprietà «conservatur delectatio, quam quisque naturaliter in se ipso et in suo proprio bono habet. Sicut enim quilibet naturaliter amat seipsum et seipso delectatur, nec hoc est malum nec vanum modo amet se et delectetur ut decet ... sic etiam naturaliter amat et gaudet bonis propriis, tanquam mediis deservientibus suae conservationi. Hanc autem naturalem delectationem aufert qui bonorum communitatem constituit. Parum enim amatur parumque gaudium affert bonum quod in dominio amantis non continetur, et tale est bonum commune» (96).

Il discorso dell'agostiniano Aragon, a ben leggervi, è gremito di indicazioni: in primo luogo, sembra ripetere le enunciazioni programmatiche dei volontaristi francescani e della tarda Scolastica e riproporre un soggetto narcisisticamente compiaciuto di sé, tendenzialmente portato a guardare il mondo attraverso il filtro di se stesso e quasi a ricomprenderlo in sé; in secondo luogo, e conseguenzialmente, colloca al centro dell'etica sociale, il principio di autoconservazione cui i beni sono strumentalizzati; in terzo luogo — ed è quanto ci interessa particolarmente in questo punto — riafferma l'idea di un soggetto essenzialmente còlto nei suoi atteggiamenti volitivi, e questi, a loro volta, sorpresi nella loro forza espansiva verso la realtà esterna, nella loro innata propensione a diventare atteggiamenti dominativi e immettere, grazie alla propria forza attrattiva, i loro oggetti nell'orbita individuale grazie all'unico strumento autenticamente individualizzante, cioè il *dominium*. Da qui, l'equazione perfettamente reversibile: si ama e si vuole (non dimentichiamo che la volontà è tipicamente *vis amativa*) soprattutto ciò che è in nostro dominio, giacché il 'mio' corrisponde a ciò che io voglio e che a me piace.

È inutile tornare qui a segnalare l'osmosi tra il 'me' e il 'mio' su cui abbiamo già insistito; ciò che ora ci preme di segnalare è la motivazione antropologica d'un enunciato così individualistico; motivazione che corre, per così dire, su un doppio binario, sulla efficace operazione di distacco metafisico del soggetto dalla natura e sulla

(96) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 97.

lucida constatazione della priorità psicologica del *proprium* sul *commune*.

Non vogliamo con ciò dire che l'insegnamento generale della Seconda Scolastica sia per la priorità del *bonum proprium* sul *bonun commune*; più semplicemente vogliam dire che le molteplici e non indubbie venature individualistiche che sono tipiche della scuola hanno questa fondazione e queste motivazioni.

Fondazioni e motivazioni che rendono pressante il quesito sulla funzione che viene attribuita alla proprietà: certamente, sarebbe impensabile una funzione sociale, ma relativamente pensabile anche una funzione tecnico-economica.

Una proprietà economicamente funzionalizzata sarebbe stata portatrice di istanze tecniche, cioè oggettive, provenienti 'ex natura rei'; qui, almeno nel primo momento che va da Vitoria a Molina e che impegna tutto il Cinquecento, si parte dalla premessa che «non ex praestantia rei sed ex potestate, quam quis habet supra illam, ratio dominii debet desumi» (97) e che proprietà è soltanto una dimensione del soggetto. E il soggetto — che non ha più limiti alle sue esigenze — reclama il totale recupero della proprietà alla sfera del suo *libitum* e del suo *arbitrium*.

Funzione della proprietà è il *dominus* stesso, il compimento della sua individualità (98), e suoi caratteri essenziali non potranno non essere che gli stessi del *dominus*, il quale è entità individuale soprattutto per ciò che vuole e per ciò che gli piace. Per cui *dominium* è quella posizione soggettiva di libertà, di indipendenza e superiorità sulla cosa in forza della quale il proprietario può fare «quidquid vellet» (99), disporre della cosa «suo arbitratu ob suumque commodum» (100), «ad suum proprium commodum» (101), «pro libito sui domini» (102), «in propriam utilitatem et commo-

(97) È sempre Aragon che lo avverte (*loc. sup. cit.*, p. 97).

(98) È Aragon che, quasi per fugare ogni idea di funzione sociale connessa alla proprietà, insegna che la cosa oggetto di dominio «debet ordinari in dominum tanquam in finem» (*loc. sup. cit.*, p. 98).

(99) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. 1, n. 20 (p. 77).

(100) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v.

(101) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v.

(102) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83. Ma si veda anche

dum» (103). E si dichiara capaci di proprietà le sole creature razionali, perché esse sole sono giudici e interpreti del «suum commodum», e pertanto capaci di atti dominativi intrinsecamente a quello finalizzati (104).

Si capisce come non sia possibile fissare un contenuto tipico della proprietà, cristallizzarla o nell'usare, o nell'alienare, o nel tutelare processualmente, e così via. Si potrebbe anzi dire che, secondo questa singolare riflessione teologico-giuridica, l'unico comportamento autenticamente dominativo sta nella libertà di tenere sulla cosa qualsivoglia comportamento, sta cioè in un atteggiamento volitivo che è logicamente precedente ai mille comportamenti limitati e concreti che il soggetto proprietario può tenere (105).

Il momento proprietà attiene al momento della scelta d'una attività dominativa, non dell'attività dominativa scelta. E non si ha esitazione a ripetere che tale scelta non ha condizionamenti se non quelli che il soggetto si pone nell'autonomia della sua volontà e quelli che derivano dalla possibile *iniuria* arrecata ad altri soggetti (106).

Altrimenti, non vi sono limiti costituzionali al *libitum* del proprietario; e ci si compiace di precisare che la sua ordinazione della

---

DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v e f. 83r; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio*, q. I, art. I, concl. II, p. 106.

(103) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 107.

(104) Così GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, coll. 994-995: «uti nam est rem aliquam usurpare referendo illam ad finem aliquem. Itaque sicut solae creaturae intellectuales et liberae agunt propter finem proprie, quippe eae solae cognoscunt formaliter rationem finis et mediorum; sic etiam solae illae vere ac proprie utuntur rebus in suum commodum ac proinde solae habent vere dominium».

(105) «natura dominii humani est illa, cuius usus omnis est in nostra potestate libera» (SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 34); «colligitur dominium proprie esse tantum illud liberum ius, quod qui habet in rem sibi subiectam ad omnes usus» (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 107).

(106) Indicative queste frasi di Soto: «ad verum dominium ... requiritur praeterea ut possit ipsam [rem] ... in omnem usum absumere: puta alienare, vendicare in iudicio, legare, negligere, etc.» (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80v); «dominus rei cuiusque ille est, qui citra iniuriam, quae cuipiam irrogetur, potest illa, ut libuerit, uti etiam usque ad eius dispendium et consumptionem» (SOTO, *ibidem*, f. 83r).

cosa può concretarsi in un «uti illa, ut libuerit, etiam usque ad eius dispendium et consumptionem» (107), o, con frase che ricorda le trionfalistiche e tracotanti enunciazioni del futuro liberalismo economico-giuridico, in un «re [sua] uti pro [suo] arbitratu eam vel [sibi] servando vel vendendo vel donando vel vastando» (108). Perché, posto che si dia il *libitum* come termine della proprietà, gli unici limiti pensabili in linea ordinaria son quelli che potrebbero definirsi meramente potestativi.

La proprietà ha completamente abbandonato il terreno del *bonum publicum* per restar rinserrata nell'area del *bonum privatum* (109); l'istituto non guarda alla comunità, alla utilità, al vantaggio calcolati secondo misure oggettive, ma unicamente alla utilità e al vantaggio del soggetto proprietario. La visione patrimoniale dell'ordinamento si converte in una visione in qualche modo utilitaristica.

Il glossatore medievale aveva definito un certo tipo di proprietà «utilitas fundi» (110) e aveva inteso valorizzare sul piano del diritto quanto, per misterioso processo indipendente dal soggetto, si era consolidato nella «officina delle cose» (111): *utilitas* era, in quel contesto, il risultato di una lettura disponibile delle cose, d'una umiltà dell'operatore che rinunciava alla sua voce per ascoltare la voce della natura; *utilitas* era insomma un cumulo di circostanze oggettive, tecniche, scritte *in re ipsa*, variabile per il solo variare dei presupposti oggettivi sui quali si fondava.

La nozione di *utile*, di *commodum*, cui fan riferimento i nostri dottori, si modella invece sul soggetto (112), e nel soggetto — nelle

---

(107) Così si legge nel testo di Domenico Soto citato nella nota precedente.

(108) LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 3, dub. II, n. 8 (p. 17).

(109) «qui habet dominium et proprietatem aliquorum bonorum potest illis uti pro libito in quoscumque usus, at Principes non possunt uti bonis suorum civium pro libito, sed solum quatenus postulaverit bonum commune» (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. IV, art. III, concl. I (p. 141). Dove è segnato marcatamente il discrimine fra *libitum*, cioè *bonum privatum* e *bonum publicum* quale unico spazio disponibile al principe per la sua azione.

(110) Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 191.

(111) È una felice e fortunata espressione di E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario (Firenze, 21-23 ottobre 1935)*, Firenze, 1935, p. 180.

(112) «ad hoc, ut quis dicatur habere alicuius rei dominium, sufficit ut illa

sue fantasie, nei suoi umori, nei suoi motivi personali, nei suoi interessi particolari — trova l'occasione delle sue variazioni. Ora, l'utile — soggettivizzandosi al massimo — si è identificato col *libitum*, rovesciando l'utilitarismo medievale di marca naturalistica. L'utile, ormai un tutt'uno con il piacevole, ha le proprie misure solo all'interno di ciascun microcosmo individuale, che è microcosmo perfetto perché la regola del *libitum*, che non ammette confronti verifiche o smentite, è regola sovrana cui l'ordinamento, per il tramite d'una scienza giuridica sensibilissima, fa rinvio (113).

A fronte della funzione sociale conclamata dalla scienza giuridica e dalle legislazioni contemporanee, la proprietà della Seconda Scolastica afferma una sua rigorosa funzione individuale nell'ambito di un'etica dell'individuo altrettanto rigorosa.

Apertamente dichiarata proprio come enunciazione di carattere innanzi tutto etico-religioso, non soffre incrinature né rivela perplessità nel grande coro dottrinale del momento postumanistico del rinnovamento teologico; da tutti si ripete che alla proprietà è affidato il compito di realizzare il mio *libitum* e il mio *commodum*.

È solo con Molina — nel quadro di quella spregiudicata ma attenta rilettura di San Tommaso che operano i grandi Maestri gesuiti — che l'indirizzo individualistico di un Vitoria e di un Soto, senza smentirsi affatto e anzi vieppiù fondandosi speculativamente, approda a conclusioni più complesse (114).

Lo vedremo tra poco a proposito della divisibilità del dominio, e lo constatiamo ora quando leggiamo che il raggio potestativo del proprietario è così precisato dal grande teologo di Cuenca: «omni modo et propria authoritate, sive in proprium sive in alienum commodum ea [re] utendo et sive eam distrahendo aut consu-

---

ordinetur ad utilitatem ipsius» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 88 (cfr. però anche p. 97).

(113) Si veda, a titolo d'esempio, una pagina di SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 107. Non è senza significato la precisazione, che il proprietario prodigalmente dilapidatore del proprio patrimonio, purché la sua prodigalità non rechi *iniuria* ad altri, non compie qualcosa contro la virtù della giustizia, ma solo contro la carità. Significativa e interpretativa anche la precisazione aggiuntiva, che non può commettere *iniuria* «qui iure suo utitur aut iure aliquid facit». La nozione di abuso del diritto sembra estranea a questi filoni individualistici.

(114) WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus*, cit., p. 62 ss.

mendo, sive reservando» (115). La funzione rigorosamente individuale e individualistica si dilata, e si ipotizza la legittimità teorica di una proprietà funzionalizzata anche «in alienum commodum».

Riferimento che sarà ripreso anche da altri Maestri gesuiti successivi a Molina (116), ma che non perderà mai il suo carattere incidentale né diventerà mai un coraggioso discorso autonomo; varrà soltanto a indicare che la Seconda Scolastica, pur nelle sue motivazioni culturali di fondo che sono sostanzialmente unitarie, è segnata in una articolazione varia e complessa piuttosto che presentarsi a noi con una struttura monolitica.

Monolitico è invece un insegnamento conclusivo che si inserisce nel capitolo del 'libitum' o si trae da esso; insegnamento di altissimo valore storico: ed è la universalmente e recisamente proclamata separazione concettuale fra *dominium* e *jurisdictio*, fra potere privato e potere pubblico. Il confine non potrebbe essere più netto: la proprietà appartiene all'area del *libitum*, dell'individuale, del *proprium*; il *bonum* cui essa naturalmente tende è affatto privato come quello che si identifica con la completa realizzazione di chi ne è titolare. Il fine della *jurisdictio*, al contrario, è esterno al suo titolare, è per sua natura proiettato verso la collettività, è collocato — né potrebbe essere diversamente — nell'area del *publicum*.

Quanto la proprietà è — ci si perdoni la tautologia — imperniata sul proprio, tanto il potere pubblico sugli altri; quanto la proprietà serve a rafforzare le chiusure e le difese dell'individuo in se stesso, tanto il potere pubblico è abdicazione di istanze individuali e recezione di istanze circolanti nella collettività (117).

---

(115) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34.

(116) Cfr. CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44); ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1.

(117) «Inter dominium, ut opponitur servituti, et dominium, ut opponitur subiectioni, hoc est discriminis iter alia, quod habens dominium primo modo potest uti servis ad propriam utilitatem sicut et aliis rebus quarum habet dominium, unde potest illos vendere et alienare. At vero habens dominium secundo modo debet ordinare illud non ad propriam utilitatem, sed ad illorum commodum, quibus praeest» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 89). E rincalza BAÑEZ (*Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 83): «Nullus omnino princeps est dominus secundum proprietatem bonorum, quae applicata sunt civibus. Hoc asseritur ab omnibus theologis philosophisque et jurisperitis ... asseritur etiam iure regio hispaniensi ... Ratione vero probatur. Princeps is

E con rigorosa esattezza si opera, presso taluni dottori, una differenziazione anche lessicale riservando alla prima il termine della tradizione giuridica *dominium*, alla seconda quello di *dominatio* (118); e con lucidità si nota che a una sola condizione l'*imperium* si fonderà col *dominium*: che cioè esso lasci il suo assetto naturale e subisca una profonda deformazione patologica, si cambi da potere pubblico in tirannide (119).

Il recupero privatistico della proprietà è circostanza assai rilevante nella storia del pensiero giuridico: si afferma per profonda novità rispetto alle concezioni medievali, nelle quali sin dai tempi più risalenti dell'età romano-barbarica il patrimoniale e il giurisdizionale erano stati pensati e vissuti come facce diverse di un medesimo fenomeno; si afferma però anche a fronte delle prime concezioni volontaristiche dell'età nuova, nelle quali il *dominium* subendo una progressiva dilatazione era divenuto qualcosa di più della proprietà, addirittura una generale categoria interpretativa unitaria dell'azione dell'uomo nel mondo storico, nella quale venivano a fondersi e confondersi aspetti privatistici e aspetti pubblicistici.

La Seconda Scolastica, che ha fatto in gran parte sue le premesse della rivoluzione umanistica e che è attentissima alla rilettura dei testi classici operata dalle nuove scuole giuridiche, può riproporre la separazione concettuale tra le due nozioni in tutta la sua rigidità (120). Al sistema privatistico che andava elaborando essa era congeniale e funzionale.

VIII. La proprietà — dunque — è quella posizione di libertà del soggetto, per sua natura conferentegli indipendenza e superio-

---

dicitur, qui rempublican gubernat propter ipsius reipublicae commodum et utilitatem». Il quale *commodum* non si identifica col suo *libitum* ma col bene comune (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. IV, art. 3, concl. I, p. 141). Queste conclusioni, espresse più o meno marcatamente, sono proprie a tutti i Maestri della Seconda Scolastica.

(118) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 82; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, p. 106. In senso difforme, DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79r.

(119) Cfr. per tutti DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v.

(120) Riteniamo l'asserzione sostanzialmente esatta, anche se è d'uopo notare che la discriminazione, rigidissima nell'ambito del filone postumanistico, sembra in seguito un pò elasticizzarsi senza smentirsi affatto.

rità, grazie alla quale egli tende a realizzare la propria individualità, magari facendo ciò che a lui piace e ciò che è a suo esclusivo vantaggio.

Fin qui manca ancora ogni accenno al contenuto o ai contenuti della proprietà, e da qui converrà riprendere il filo del nostro itinerario e portarlo innanzi.

Nel momento in cui il discorso della Seconda Scolastica si fa, in proposito, concreto, si dirà da tutti i Maestri, sia del primo che del secondo momento (con la sola posizione autonoma di Molina e dei moliniani (121) che non smentisce ma convalida in altra forma e con alcune rettifiche la sostanza della impostazione), che esser proprietari significa esser titolari sulla *res* di una «facultas ad omnem usum» (o «ad omnes usus»).

Dirà Soto: «Verum dominium ... in hoc consistit, quod in omnem usum res possit assumi» (122). Rincalzerà Salon che esso è semplicemente «liberam facultatem utendi re pro libito et ad omnem usum et ad suam utilitatem» (123). Preciserà, con la consueta forza speculativa, Suarez: «natura dominii humani est illa, cuius usus omnis est in nostra potestate libera» (124).

Arrestiamoci a queste testimonianze autorevoli e chiarificatrici, che sono d'altronde ripetute da tutto il coro dottrinale (125); lasciando da parte il problema della qualificazione prima del *dominium* come «facultas», «potestas», «ius» che preferiamo affrontare nei prossimi capitoli, non si può, per ora, non constatare un

---

(121) Cfr. più sotto, al cap. XIII.

(122) Domenico Soto, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80r.

(123) Salon, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. II, pag. 106.

(124) Suarez, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 34.

(125) Vitoria, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. 1, n. 52 (p. 109); Carbone, *Tractatus de omnium rerum restitutione*, q. II, p. 8; Aragon, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; Bañez, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73; Gregorio Di Valencia, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 994; Sayr, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3 (p. 537); Gabriele Vasquez, *In 1. 2.*, t. II, disput. CLXIX, cap. IV, n. 32; Fernando Rebello, *Opus de obligationibus justitiae, religionis et caritatis* ..., Lugduni, 1608, lib. I, q. VII, n. 3, p. 55; Malderus, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. III, dub. I (p. 283); Lessius, *De justitia et jure*, cap. III, dub. II, n. 8 (p. 17); De Lugo, *De justitia et jure*, disp. II, sect. I, p. 14.

collegamento tra *dominium* e *usus* che ci sembra estremamente interessante, sia sotto un profilo di qualificazione culturale dei nostri interpreti, sia sotto l'aspetto della storia della costruzione giuridica.

Sotto il primo profilo, essi si ponevano nell'alveo già scavato a fondo dalla controversia della povertà, nella quale il momento speculativo centrale consiste, come abbiamo altrove cercato di dimostrare, in una intensa dialettica fra le nozioni di *dominium* e di *usus* (126).

Non ci stancheremo mai di ripetere, anche a costo di sembrar trascinati nel viluppo di una ipervalutazione storiografica, che la grande controversia apre o tutt'almeno consolida un rinnovato discorso sul rapporto uomo-beni; che essa colpisce al centro di una coscienza in crisi come quella dell'uomo del tardo medioevo e contribuisce a decantarla e rinnovarla; che essa, con diversa forza e a un diverso livello dalla interpretazione giuridica ormai tutta presa nella sua funzione sistematrice della ufficialità medievale, sminuzza senza riguardi tutto un enorme materiale, mette a nudo impietosamente le regole prime dei rapporti fra uomo e cose, le ridiscute, le rielabora, le porge ormai sufficientemente assimilabili alla digestione dell'uomo nuovo, fornisce insomma archetipi duraturi e, quel che più conta, validi per l'innanzi.

Non v'ha dubbio, a nostro parere, che i teologi impegnati nella disputa dànno vita e forma a un discorso giuridico autonomo sul nesso uomo-cose, un discorso che ha la ventura di divenire un modello di discorso sull'assillante problema, scandito in momenti che paiono ormai definiti e definitivamente acquisiti (127).

E la Seconda Scolastica, a quasi duecento anni dal Concilio di Costanza che aveva formalmente risolto la disputa, dedica, in ogni suo commentario, un capitolo autonomo all'oggetto di essa e ai termini di essa, appropriandosi di tutto il materiale che quella aveva analizzato, magari modificandolo secondo le esigenze del secolo, ma costruendovi sopra come su fondamenta solide, al pari di chi erigesse architetture nuove con le pietre d'un edificio remoto e diruto, che si mostrano però intatte dall'usura dei tempi.

Le elaborazioni teoriche della disputa prima delle particolari

---

(126) GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 318 ss.

(127) Cfr. *ibidem*, pp. 291-293.

deviazioni occamiane — che sono poi le conclusioni riprese dai Maestri cinquecenteschi — sono note, e sono riassumibili in queste conclusioni assai nette, frutto indubbio del volontarismo dei francescani che vi presero parte: rigida discriminazione fra mondo della volontà e mondo dei fenomeni, mondo dei soggetti e mondo dei fatti: rigida discriminazione e quasi separazione assoluta senza possibilità di interscambi tra proprietà, intesa come espressione prima della volontà e della libertà del singolo, dimensione stessa del singolo, e l'uso, inteso come l'atteggiarsi economico della cosa, dimensione stessa della cosa, e perciò fenomeno, e perciò fatto, estraneo — in quanto tale — al mondo della sovranità del soggetto e relegato nel limbo anonimo degli oggetti (128).

È questa la posizione di partenza e forse la posizione più genuina all'interno della disputa sulla povertà, ed è appena il caso di avvertire che tra questa posizione e quella degli scolastici cinqueseicenteschi il divario è sensibile. Molte rigidezze sono abbandonate, molti arricchimenti — frutto della bisecolare esperienza storica — vi son fatti confluire, ma il nodo centrale del discorso resta, per molti aspetti, modellato sulla diagnosi praticamente intraducibile, ma teoreticamente suggestiva dei francescani medievali.

Ma vediamo più da vicino le testimonianze che ci conducono a una simile valutazione, e cerchiamo soprattutto di sorprendere i reali collegamenti fra *dominium* e *usus* segnalati nella generale qualificazione della proprietà come «facultas ad omnem usum».

Già sappiamo qualcosa intorno al *dominium*, già abbiamo — in proposito — alcune indicazioni, se pur ancora troppo vaghe, esposte nei precedenti capitoli. Ma che cos'è *usus*? È veramente questa nozione un *oppositum* logico della proprietà, una sorta di situazione capovolta rispetto alla proprietà e che, come tutte le immagini capovolte, reca in sé il grottesco e il ridicolo derivante dal capovolgimento stesso?

Per identificare con sufficiente precisione il senso della nozione nel quadro della Seconda Scolastica, occorre coglierla come momento di sintesi di due diverse tradizioni, la giuridica e la teologica. Quella giuridica, che aveva avuto la sua analisi più approfondita

(128) Cfr. *ibidem*, p. 350.

nella strutturazione romana e medievale degli istituti dell'*usus* e dell'*ususfructus*, alla quale si erano esclusivamente ispirati i teologi della povertà nel loro singolare giuridicismo ([129]), faceva consistere l'*usus* nell'appropriazione della normale natura economica d'una cosa e nell'assoluto rispetto della *substantia rei*; il comportamento dell'*utens* si concretava in forme più o meno ampie di godimento che lasciavano intatta l'essenza della cosa, e si trattava pur sempre di un comportamento vincolato dalla *utilitas* della cosa intesa come realtà oggettiva, ostentante una sua meccanicità nella quale, entro lo schema operativo del *fructus capere*, aveva più rilievo la cosa con tutte le sue regole economiche che il soggetto con le sue pretese, e nella quale, soprattutto per la scansione primordiale e quasi neutra dello schema del godimento, la dimensione volitiva restava opacizzata nella costanza di approcci tipici nei quali per la libertà del soggetto c'era uno spazio affatto esiguo.

L'avere attinto il concetto di *usus* da questa tradizione e averlo identificato con la *captio fructuum* aveva assai agevolato i francescani in ordine alla eliminazione dell'*usus* dal mondo della volontà e al riconoscimento nell'*usus* di una forma appropriativa non specifica all'uomo, ma comune a tutto il mondo animale, perciò meccanicistica e volitivamente neutra.

Accanto alla nozione giuridica si contrappone però una nozione squisitamente teologica che fa capo ad Agostino e che troviamo ripetuta da tutta la Scolastica, da Bonaventura a Tommaso a Scoto ([130]); secondo questa «sumuntur uti et frui pro actu elicito voluntatis, quo voluntas amando adhaeret alicui rei» ([131]); l'*usus* viene decisamente recuperato al novero degli atti estrinsecativi della volontà.

([129]) Questo diciamo a parziale rettifica di quanto affermato nel nostro più volte citato *Usus facti*, alla p. 337.

([130]) Basti qui rinviare, *sub voce*, ai lessici usuali, strumenti imperfetti, talora invecchiati, ma comunque utili. Si veda pertanto *Lexicon Bonaventurianum philosophico-theologicum...*, cur. A. M. A. VICETIA et J. A. RUBINO, Venetiis, 1880; *Lexicon scholasticum philosophico-theologicum in quo termini definitiones distinctiones et effata ... a B. Ioanne Duns Scoto ... exponuntur ...*, cur. M. FERNANDEZ GARCIA, Ad Claras Aquas, 1910; *Thomas-Lexicon*, cur. L. SCHÜTZ, Stuttgart, 1958 (rist.).

([131]) SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 108.

I Maestri della Seconda Scolastica hanno lucidamente presenti le due nozioni; espressamente lo dicono ed espressamente ne puntualizzano la diversità di concezione (132). Formalmente essi dichiarano che, in questo campo dei rapporti sociali, ha più rilievo la nozione giuridica, ma concretamente essi ci propongono una loro nozione di *usus*, nella quale si è chiaramente operata una confluenza delle due tradizioni. L'*usus* per essi è atto proprio di una creatura razionale e non di ogni e qualsivoglia creatura animale; per cui l'*usus* non è atto neutro, estraneo all'area volitiva. Per loro — è la voce di Soto a dichiararcelo — «uti est rem in finem ordinare, quandoquidem voluntas est finis, usus autem mediorum ad finem» (133); l'uso è cioè un ordinamento della cosa sorretto da una volontà precisa che si pone rispetto ad esso come moto propulsore e come fine. In rapporto alla volontà l'uso ha quindi un carattere soltanto mediativo, strumentale, operativo, ma è atto del soggetto colorito in qualche modo della sua razionalità e volontà.

È da questa premessa, che dilata estremamente la nozione tradizionale dei giuristi, che discende la nozione consequenzialmente latissima che dell'*usus* hanno (con l'eccezione di Molina e dei moliniani, cui il vivo senso e la cultura giuridica fan riscoprire la ristretta nozione di uso *more jurisprudentiae* (134) i trattatisti cinquecenteschi 'de justitia et jure'.

«In omnem usum absumere [rem]» significa tranquillamente «alienare, vendicare in judicio, legare, negligere, etc.» (135), «vendere

---

(132) «est advertendum quod uti et frui, cum ponuntur in definitionibus usus et ususfructus, non accipiuntur in ea significatione qua Theologi in I. dist. I. illis dictionibus uti consueverunt, cum dicunt quod usus est, quando voluntas amando adhaeret alicui rei ... Itaque non est haec vis horum verborum in hoc loco, sed uti in praesenti est ex re aliena tibi promissa te solum fructum capere ...» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). Cfr. anche SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 108.

(133) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. II, f. 81r.

(134) E coerentemente Molina ritiene estranea alla nozione di *uti* quella di *disponere*. Cfr. MOLINA, *De justitia et iure*, t. I, tract. II, disp. 18, col. 91: «dominium namque ad usum liberamque dispositionem rei, cuius quis est dominus, ordinatur». Cfr., anche, *ibidem*, Tract. II, disp. 3, col. 34: «sive ... utendo et sive eam [rem] distrahendo aut consumendo ...».

(135) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80v.

aut distrahere» (136), «non solum locare, sed etiam vendere et diruere» (137), e lo «uti ut libuerit» si spinge senza difficoltà «etiam usque ad eius [rei] dispendium et consumptionem» (138).

Lo *uti* si mescola visibilmente anche con l'*abuti*, inteso in duplice modo: sia nel senso tecnico-giuridico di consunzione della cosa stessa (139); sia nel senso comune di abuso della cosa oltre le finalità obbiettive di essa proprie (140).

Lo *uti* si lega al *libitum* e si soggettivizza, si svincola dai limiti posti nella cosa per trovare i suoi soli limiti nella volontà dell'utente. *Alienare, vindicare, legare, negligere, diruere, locare* sono attività che possono ciascuna realizzare una funzione oggettiva (come, per l'atto di alienare, il trasferimento della cosa), ma in quanto espressioni dell'*usus* d'una cosa realizzano innanzi tutto istanze del soggetto, del suo *libitum*. Usare non è più qui attività condizionata dalla natura economica della cosa, ma posta in relazione con la libertà del soggetto; non è più soltanto il godere della cosa, ma può concretarsi in una gamma di attività che vanno dal semplice godimento alla messa in opera d'un atto di amministrazione, come di un atto di disposizione, come di un comportamento neglettivo o addirittura distruttivo della cosa.

L'*uti* dei giuristi significava almeno rispetto della cosa nella sua struttura intima; qui l'*uti* non ha confini con l'*abuti*, e può identificarsi con qualsiasi esercizio del diritto sulla cosa.

La trasformazione della nozione di *utilitas* da oggettiva a soggettiva, che abbiamo segnalato nel precedente capitolo, ha la sua perfetta rifrazione in quella di *usus: uti* e *utilitas* sono soltanto

---

(136) SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 107.

(137) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, pp. 83-84.

(138) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. III, f. 83r.

(139) Un chiarissimo riferimento in MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. III, dub. I, p. 283: «dico 'ad quemlibet eius usum', late sumendo usum, ut comprehendat omnem dispositionem de re, atque etiam abusum, alienationem, destructionem. Abusum inquam, hoc est usum quo res consumitur; quo modo et imperatoriae leges et canones voce ista utuntur».

(140) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. 1, n. 16 (p. 74).

espressione dell'*utens*, sono l'ombra dell'*utens* e come tali ripetono sulle cose i contorni, la sagoma dell'*utens*.

È questa una riflessione dell'intera Seconda Scolastica, ivi compreso Molina ben spesso autonomo con la sua tormentata e, a volte, contraddittoria testimonianza; ed è riflessione che sembrerebbe clamorosamente smentire i risultati del volontarismo francescano, in adesione a una tradizione teologica che i disputanti sulla povertà hanno consapevolmente e per propria scelta ignorato.

Ma sarebbe questa una deduzione affrettata. La Seconda Scolastica infatti ci dà dell'*usus* due profili: uno, per così dire, orizzontale e quantitativo (141), ed è quello che abbiamo ora esaminato; un altro, per così dire, verticale e qualitativo, nella cui elaborazione il modello di discorso si rivela essere ancora quello dei francescani. È il profilo, cui vogliamo brevemente ora guardare e che completa il quadro sin qui offerto.

L'*usus* — si insegna — può concretarsi in un *actus* oppure in uno *ius*, in quelli che Soto (e dopo di lui gli altri) chiama, utilizzando financo l'identico linguaggio francescano, *usus facti* e *usus in habitu* (142).

Soffermiamoci un momento. *Usus facti* è l'azione stessa di usare (143), il fatto di usare una cosa (144): indossare un vestito o cavalcare un cavallo sono forme di *usus facti* rispettivamente del vestito e del cavallo; questa azione può anche essere neutra o meccanica, o avere in sé comunque impronte non rilevanti di soggettività e soprattutto di volitività; questa azione, anche se

---

(141) Se cioè *uti* è soltanto usare in senso stretto, o alienare, legare, distruggere, etc.

(142) Domenico Soto, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80v.

(143) «istae voces usus et usufructus possunt accipi dupliciter. Uno modo pro ipso actu utendi rebus possessis, qualis est actualis equitatio vel habitatio domus» (Aragon, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). Cfr. anche Salon, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 108; Bañez, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 74; Molina, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 5, col. 45; Escobar, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. IV, n. 32.

(144) «sciendum est usum duobus modis accipi. Uno pro actu utendi, quo pacto equitatio dicitur usus equi et habitatio usus domus. Altero pro iure ad eo modo utendum. Usus in priori acceptione appellatur a iurisperitis usus facti, id est usus qui est factum» (Molina, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 5, col. 45).

continuata nel tempo, non crea una relazione stabile fra soggetto e cosa, ma è piuttosto pensabile come una somma di tante azioni attuali consecutive (145).

Usus in habitu è lo *jus* di tenere una certa azione d'usare, situazione di sicura giuridicità distinta dall'azione (146), munita di stabilità proprio perché è *ius* e non *factum*, e, proprio preché *ius*, nettamente sorretta da una nervatura di volizioni (147).

Di fronte a simili fattispecie, i teologi della disputa sulla povertà, in ossequio al loro dualismo — per così dire — manicheo, non hanno la minima esitazione: l'*usus facti* è fatto, è fenomeno come una pietra o una pianta, l'*usus juris* è *jus in usu*, cioè non è sostanzialmente *usus*, dal momento che *usus* è un mero oggetto d'una posizione giuridica; è invece sostanzialmente *ius*, e perciò come *ius* assimilabile alle molte fattispecie dominative e inseribile in quella ampia categoria che ha il suo denominatore comune nel *dominium* (148).

Per i teologi pauperisti, che partivano da premesse rigidissime,era insomma semplice la *reductio ad dualitatem*; meno semplice doveva prospettarsi la sistemazione per la Seconda Scolastica che si era rifiutata di esiliare ogni forma di uso, quale atto tributario della

---

(145) L'*usus facti* è concepibile «pro ipso actu utendi rebus possessis qualis est actualis equitatio vel habitatio domus et sic sunt quaedam res successivae» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). La situazione di fatto, che si realizza mediante l'*usus facti*, è pensabile come una continuità di situazioni momentanee, alle quali si presuppone — per perdurare — l'implicito consenso del *dominus*. La continuità della situazione nel tempo è perciò sempre legata alla volontà del *dominus*: «dicebamus usum facti in tali persona non esse ex proprio iure, sed ex licentia veri domini, a quo semper pendet» (SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda: De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 38).

(146) Si vedano soprattutto ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84, e SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IV, p. 108.

(147) Rileggiamo per intero il passo di Molina parzialmente citato alla nota 144; ci sembra particolarmente illuminante: «sciendum est usum duobus modis accipi. Uno pro actu utendi, quo pacto equitatio dicitur usus equi et habitatio usus domus. Altero pro iure ad eo modo utendum. Usus in priori acceptione appellatur a iurisperitis usus facti, id est usus qui est factum, ut eum distinguant ab usu in posteriori acceptione, qui est ius ad factum permanetque cessante actu utendi». Interessanti notazioni anche in ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. IV, n. 32.

(148) GROSSI, *Usus facti*, cit., pp. 340 e 342.

realtà esterna, nell'esilio dei fatti, e vi aveva invece riconosciuto i caratteri di attività, più o meno, volitiva; che, d'altronde, sembrava accettare la dialettica *usus facti-usus in habitu* in termini non dissimili da quelli remoti della disputa. E fu meno semplice, e non fu soluzione netta, e non priva di contraddizioni che ne sottolineano il travaglio di maturazione.

Ecco Salon: «licet simpliciter et absolute loquendo ac prima facie dominium et usus ita distinguantur, ut dominium sit ius, quod dominus habet in rem suam, usus vero actus quo quis illa utitur, nihilominus usum ipsum distinguendum esse necessario in usum in habitu vel iuris et in usum facti» (149).

Ecco, più esplicitamente, Bañez: «est notandum quod quemad modum distinximus usum in habitualem et actualem, ita solet distingui dominium in habituale et actuale, taliter ut habituale sit facultas illa propria utendi rebus, actuale vero dominium indicatur ipsum exercitium dominii. Sed est maxima differentia: quoniam usus proprie est in actu ipso, in habitu vero improprie et secundum quid. Dominium autem vice versa; nam in actu non est proprie dominium, in habitu vero est proprie dominium quoniam est ipsa facultas sive potestas essentialiter. At vero dominium in actu potius est effectus dominii quam ipsum dominium» (150).

Il nucleo dell'atteggiamento conclusivo dei nostri Maestri è tutto in questa frase del provvedutissimo domenicano salmanticense, e in essa si rivela appieno l'influenza dei modelli francescani. Il recupero dell'uso al mondo del soggetto e degli atti di volontà non elimina certi caratteri intrinseci che la questione della povertà aveva esaltato: prima di ogni altro la sua tendenziale fattualità, conseguenza diretta della sua tendenziale apertura verso il mondo esterno, quella che poco sopra chiamavamo la sua tributarietà verso il mondo esterno.

Meno drasticamente ma con più matura coscienza, gli Scolastici cinque-secenteschi non tagliano rigide partizioni, ma si limitano a constatare che nell'uso il profilo naturale è a un certo livello: quello

---

(149) SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 2, p. 110.

(150) BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

operativo (151). L'uso è *operatio*, è cioè tipicamente esercizio, messa in opera di un comportamento concreto. Esso, pur nelle sue precise venature volitive, è strumentale ad altre posizioni, ad esempio la proprietà, e come attività strumentale non può che risolversi in una attività.

L'*usus iuris* esiste, ed è una creazione dei giuristi, ma creazione singolare, rappresentante più una deformazione sorta dal ceppo dell'*usus* che un istituto ad esso connaturale; taluno addirittura, non in perfetta coerenza con la sua sistemazione, pur di sbarazzarsene affermerà, al pari dei francescani, che non è più uso ma situazione dominativa (152). Perché l'uso non significa propriamente titolarità di una posizione giuridica, quanto un certo comportamento (153).

Dilatiamolo pure, come fa la Seconda Scolastica; leghiamolo al soggetto. Esso ne sarà normalmente l'ombra, lo strumento che il soggetto orienta ai suoi fini; si tratterà di alienare, di amministrare, di tutelare processualmente, di trascurare il proprio patrimonio, di dilapidarlo prodigalmente, di distruggerlo, ma si tratterà sempre e comunque di una canalizzazione della volontà del soggetto nei canali dei varii comportamenti che si pongono di fronte alla sua scelta; e il comportamento — come azione — denuncia il suo limite nell'azione che gli è propria e funzionale; come mezzo, denuncia il suo carattere di atto non pienamente libero ma vincolato e condizionato agli strumenti atti a raggiungere il suo fine naturale (154).

Pur non effettuando alcuna estromissione dell'uso dal mondo della volontà e non arrivando a concepire la realtà socio-naturale in delle realtà contrapposte, restano due principii fermi: che la proprietà è dignità ed è libertà, che l'uso è ad un diverso e più basso livello, quello della traduzione del *dominiun* in realtà effettuale, quello in cui il *dominium* — che è posizione di libertà logicamente

---

(151) Cfr. soprattutto SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 2, pp. 109 e 110.

(152) SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 2, p. III.

(153) È lo stesso Molina a dircelo: «definitur per habitudinem ad actum, ad quem est jus; dum in definitione dicitur utendi, sumitur usus ... pro actu utendi» (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 5, col. 45).

(154) «res cadunt in nostrum dominium mediis his actibus nostris, per quos possumus uti illis ut volumus» (SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 34).

e cronologicamente precedente — si canalizza o, se vogliamo, si mortifica in comportamento. Ma questo non è più *dominium* ma *effectus dominii*.

Si valorizzano allora, in questa chiave interpretativa, le molteplici affermazioni tendenti a ribadire che, perché si abbia *dominium*, non è necessario che si usi della cosa (155): l'uso non è il contenuto immediato, ma soltanto mediato, della proprietà, la quale non è *usus*, né l'insieme di tutti gli *usus* ipotizzabili sulla cosa (156), ma è più semplicemente «facultas ad omnem usum».

E torniamo al punto da cui siam partiti; se il filo del discorso si è svolto per un lungo e non agevole itinerario, ciò non è stato invano: dopo le prolisse riflessioni in tema di uso siamo ora in grado di aggiungere un ulteriore contributo alla identificazione del concetto di 'mio' e di interpretare correttamente il senso della frase che, nella mente dei nostri teologi, coglie l'essenza del principio di proprietà.

Abbiam detto più sopra che proprietà è la posizione del soggetto sulla cosa la più semplice che sia ipotizzabile, tanto semplice che certi dottori ne hanno persino negato il carattere di *relatio* e la hanno còlta come *perfectio* del soggetto; è posizione di libertà e, più in particolare, di indipendenza e superiorità, dalla quale si è in grado di realizzare il proprio *commodum* personale.

Proprietà non può pertanto consistere in un certo *usus*, in un certo esercizio; essa, come rapporto semplicissimo tra soggetto e cosa, deve impegnare i due poli, soggettivo ed oggettivo, nella loro pienezza: da un lato, il soggetto, come figlio di Dio, immagine della Divinità, creatura razionale modellata sull'archetipo increato; dall'altro, la *substantia rei* (157), che non è la natura economica o gli

---

(155) Cfr., per tutti, ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, pp. 83, 84, 85 («respondetur falsum esse, quod ad hoc, ut quis dicatur habere dominium rei, est necessarium, quod possit uti illa in omnem usum, sed solum requiritur quod habeat facultatem utendi re in omnem usum lege permissum»).

(156) Cfr. il testo di Aragon citato alla nota precedente. Cfr. anche VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. 1, n. 15 (p. 73).

(157) SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80r; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, p. 106; concl. IIII, p. 108; art. 2, concl. I, p. 112; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73.

accidenti che son soliti accompagnare la cosa, ma il nucleo essenziale senza il quale la cosa non è (158).

Orbene, l'esercizio non è mai un contenuto grazie al quale il *dominium* riesca ad appropriarsi del suo oggetto, cioè la *substantia rei*. Preso singolarmente, un certo esercizio — disporre, amministrare, tutelare processualmente, etc. — coglie soltanto un momento di quella realtà che è la cosa (159); né è parimenti pensabile che proprietà sia la somma di tutti gli esercizi possibili del soggetto sulla cosa, cioè disporre, più amministrare, più tutelare processualmente, etc., perchè la somma degli esercizi, pur esprimendo quantitativamente la realtà patrimoniale della cosa oggetto di dominio, in quanto somma di comportamenti non abbandona la sua natura di comportamento plurimo, e resta pertanto a quell'inferiore livello sopra il quale, ben sovrastante, si situa il dominio «facultas in substantiam rei» (160).

La 'ratio dominii' non sta nell'usare la cosa, nell'avere effettivamente l'esercizio di tutti i diritti sulla cosa; l'uso, gli usi, tutti gli usi — se mantengono la loro natura e non si alterano in figure ambivalenti e abnormi — proprio perché a livello di mero esercizio, non creano quell'*habitus* (161) fra soggetto e cosa («habitudinem inter possidentem et possessum»), quella relazione salda, indipendente,

---

(158) Coglie nel segno ARAGON (*De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83): «dominium, quia est facultas utendi re pro libito sui domini, fit ut ita versetur circa substantiam rei possessae, ut dominus, verbi gratia domus, non solum possit eam locare sed etiam vendere et diruere, si voluerit». Dove, se non andiamo errati, è messo bene in evidenza che il contenuto essenziale del dominio sta in un momento antecedente all'esercizio, cioè nel momento della scelta fra i possibili esercizi, della affermazione pura e semplice della sovranità volitiva.

(159) Così per il godimento (*uti-frui*) si dice che si pone, rispetto alla cosa, «non nisi in eius qualitate et accidentia» (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80r).

(160) «dominium enim est facultas in substantiam rei» (DOMENICO SOTO, *loc. ult. cit.*).

(161) «est enim dominium illa rerum habitudo inter possidentem et possessum» (DOMENICO SOTO, *loc. ult. cit.*); «dominium est quaedam habitudo inter dominum et rem possessam» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). Sulla nozione filosofica di *habitus, habitudo*, basti rinviare a E. GILSON, *Le thomisme, Introduction à la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, 1944^5, pp. 356-360.

durevole che incide sia sul soggetto che sulla cosa, andando ben oltre la attualità dell'azione.

L'uso non crea l'*utens*, come invece il *dominium* crea il *dominus* quale soggetto caratterizzato nella sua normale costituzione; la volitività è nell'uso offuscata e soffocata dalla intrinseca tendenza alla fattualità, dall'esser l'uso necessariamente un contatto con le cose, una familiarità con le cose.

L'essenza del 'mio' non sarà mai riposta sul piano dell'esercizio; ciò significherebbe riporla in una situazione esposta ai condizionamenti dall'esterno e in cui la 'mia' libertà avrebbe a fare i conti con gli accidenti della realtà fenomenica.

Questa — che è insieme cautela avvertitissima ed esigenza primaria — è limpidamente enunciata nei nostri autori: essi hanno cura di puntualizzare che proprietà è «facultas assumendi rem in omnes usus» (162) e non «uti re in omnes usus».

Fermo che oggetto di dominio è la cosa appropriata nella sua sostanza, il problema del contenuto essenziale e immediato della proprietà viene con accuratezza spostato su di un piano diverso, separato dagli intrighi e gli intralci della realtà fattuale e collocato a un livello dove spazii sovrana la libertà del *dominus*.

È questo — di allontanare la risoluzione del problema 'proprietà' dalla natura fenomenica e farlo risalire sempre più addietro fino a farne un problema interno all'individuo — un atteggiamento tipico della Seconda Scolastica, e ne abbiam còlto più sopra testimonianze anche esasperate in tal senso. È questa una traccia del solco profondo inciso dal volontarismo francescano.

Proprietà non è esercizio; non può essere esercizio, perché si cadrebbe nell'equivoco grossolano di scambiare l'essenza dell'istituto con gli effetti di esso.

Il momento costitutivo del *dominium* è più in là, ed è il momento della *facultas* del soggetto di tenere un certo *usus*; con il che si indica lucidamente una situazione soggettiva complessa; che è possibilità, anzi *potentia*, anzi *potestas* (163) di traduzione della volontà astratta in modificazioni della concreta realtà storica; che è

---

(162) Domenico Soto, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80r.

(163) Sulla profonda, sostanziale diversità di queste nozioni, cfr. più sotto cap. XII.

scelta — cioè manifestazione di libertà e di indipendenza —, fra i tanti *usus*, di quello che il soggetto stima, nella circostanza, essergli più utile e più piacevole.

Il *dominium* sta qui: in uno spazio che precede logicamente e cronologicamente l'esercizio, che è ancora una dimensione intatta del soggetto. Il *dominium* sta in questo potere e in questa scelta, da cui discendono, come effetti, i comportamenti. Nella scelta egli afferma se stesso totalmente, perché la scelta è legata soltanto alla determinazione della sua volontà; inoltre, afferma se stesso di fronte alla totalità della cosa, giacché la *potentia* di tenere un comportamento invece di un altro non può che conseguire al fatto che la *substantia rei* è nella sua disponibilità, che il rapporto ha ingenerato un *habitus* che involge completamente la realtà della cosa.

Il contenuto immediato del *dominium* è in questa scelta, fonte unica dei varii esercizi, i quali — come effetti di quella — costituiscono soltanto il contenuto secondario, mediato ed operativo, della proprietà.

IX. Il dato più appariscente e anche più rilevante per la storia del patrimonio 'dommatico' dell'individualismo giuridico è la separazione fra *ius, facultas, potestas* (contentiamoci, per ora, di ammucchiare di seguito i termini) ed *exercitium iuris* nell'ambito della struttura del diritto soggettivo di proprietà.

È questo un punto che emerge chiaro e che non può venire disconosciuto da una lettura spassionata dei trattati della Seconda Scolastica; è il senso di tutta la sua elaborazione in tema di proprietà ed è — si può dire — la traduzione, in termini di costruzione giuridica, delle premesse filosofiche di cui si era nutrita e da cui era partita, e della conseguente soggettivizzazione cui aveva sottoposto l'istituto.

Pur dopo le pagine spese in precedenza, non sarà disutile indugiarvi ancora per rilevare come il nutrimento filosofico diventi una precisa, coerente scelta giuridica.

Leggiamo a mò di verifica questa illuminante riflessione di un ragguardevole interprete, il cardinal De Lugo, che mette conto di trascrivere, perché, cronologicamente tarda e speculativamente matura com'è, sintetizza bene le analisi precedenti: «Dominiuim ... non est usus dominii, sed potestas ad utendum vel disponendum de re;

potestas autem non est pro signo posteriori, sed pro priori naturae, quia haec sunt signa causalitatis, quare in priori signo solum intelliguntur ea, quae se habent ex parte causae in actu primo et constituunt illam potentiam; in signo autem posteriori intelliguntur solum ea, quae se habent ut effectus. Cum ergo dominium non sit effectus dominii, non potest umquam intelligi dominium pro signo posteriori, sed solum usus seu dispositio actualis, qui sunt effectus dominii. Sicut qui sedet, libere sedet; libertas autem in actu primo, quae est potestas sedendi et non sedendi, intelligitur solum in actu primo et pro signo priori; pro posteriori autem et in actu secundo non intelligitur potestas libera, sed usus potestatis, qui est sessio libera» (164).

Ecco, nel categoriale ma rigoroso linguaggio scolastico, tra un istrumentario teologico di ampio respiro, la giustificazione teoretica della necessaria separazione concettuale tra *dominium* ed *exercitium dominii* e forse la messa a nudo del problema del 'mio' ben addentro del 'me'.

La proprietà è una *potestas* dell'operatore sociale, un suo *signum prius*, un carattere marcato a fuoco nella sua costituzione prima, pensabile come *potentia* del soggetto o addirittura come causa efficiente di essa, *potentia* che nulla ha da spartire con i molti comportamenti del *dominus*, tutti estrinseci al fenomeno proprietà, ma semplici manifestazioni di esso e della sua efficacia nella realtà esterna.

Certamente, per l'osservatore volgare e distratto, proprietà significa alienare o amministrare una cosa, mentre, nella sua essenza, proprietà è soltanto nel momento in cui il soggetto, affermando il proprio potere sulla *substantia rei*, afferma la sua libertà nella scelta indipendente e sovrana del comportamento con cui rende efficace la sua titolarità.

La proprietà è a livello della *potestas*, non dell'*usus potestatis*, per riprendere la precisazione terminologica dello stesso De Lugo. Il *dominium* è visto soprattutto nel profilo della titolarità: i cento comportamenti tipici del *dominus* appartengono allo spazio della effettività, non della validità della situazione dominativa, giacché

(164) De Lugo, *De justitia et jure*, t. I, disput. II, sect. II, n. 34 (p. 19).

questa — è sempre lo stesso De Lugo che parla — «sonat ius radicale» «ius magis radicatum ... magis firmum» (165) di ogni altra situazione giuridica, e perciò dimensione stessa del soggetto.

La situazione miracolosa che è per il soggetto il *dominium* si origina all'interno della sua creatura razionale e nelle *potentiae* che gli sono proprie (166), si origina nel mistero della partecipazione dei poteri della Divinità creatrice nella creatura corrotta e peritura; ma c'è di più — ed è un dato rilevatissimo —, ed è che la situazione trova all'interno del soggetto la sua possibilità di perfezionarsi.

Senza dubbio si tratta di una situazione che guarda all'esterno, che inclina a proiettarsi verso la realtà esterna e per la quale il momento del *dominium sui* è solo un primo momento formativo; è una situazione che esattamente si definisce «facultas operativa» (167), «potestas ordinata ad actus reales» (168), che non è destinata a restare di foro interno ma è anzi vocata a dimostrare l'incidenza delle *potentiae* del soggetto nella realtà esterna (169); che è però situazione perfetta già all'interno del soggetto.

È questo l'asse portante di tutta la costruzione teologico-giuridica della Seconda Scolastica: e la preoccupazione determinante è di consentire che non solo il processo genetico ma tutto il processo di formazione e di maturazione avvenga protetto entro i confini saldissimi del microcosmo, quasi per impedire il contatto con la realtà fenomenica e un contributo decisivo di essa a quella formazione.

Si ripropone — in altri termini, senza bisogno di ingenue contrapposizioni — il principio del distacco metafisico tra soggetto e natura tanto caro a molti filoni della tarda Scolastica e si dimostra di sentire ancora vivo quel dualismo fra soggetto e cose, inconcepibile per l'uomo autentico della *res publica* medievale e frutto vistoso della crisi di questo uomo.

Sul filo di queste segrete consapevolezze abbiam visto più sopra

---

(165) DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disput. II, sect. I, n. 9 (p. 15).

(166) LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. IV, dub. II, n. 6 («dominium ... immediate fundatur in potentiis»).

(167) BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

(168) BAÑEZ, *loc. ult. cit.* Si veda anche LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. III, dub. II, n. 11 (p. 17).

(169) SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. II, p. 109.

concepire il *dominium rerum* come naturale dilatazione del *dominium sui*, e certi maestri arrivare a negare al *dominium* il carattere di rapporto, e la tensione generale a considerarlo soprattutto come *dignitas*, come *perfectio*, come *capacitas*. È sotto questo profilo che acquistano senso e valore anche certe distinzioni, altrimenti non facilmente comprensibili, che ci è dato reperire nella folta letteratura 'de dominio Christi', la quale è solo apparentemente un 'divertissement' teologico da relegare in soffitta, ma che è invece nella sua intelaiatura specchio vivace delle idee circolanti; per esempio, la distinzione per cui a Cristo come uomo perfetto si conferisce la titolarità del *dominium* e si nega l'*exercitium dominii*: «quod quis habeat ius ac veram potestatem et proprietatem non exigit quod usum et exercitium semper habeat ... Potestatem itaque ac dominationem Christum non in quantum ad usum et exercitium ... sed solum quantum ad ius et proprietatem et (ut ita dicam) quantum ad habitum in hac vita habuisse contendimus» (170).

La contrapposizione tra *ius* ed *exercitium* non potrebbe essere più netta, tanto da risolversi in articolazione autonoma di discorso; da un lato, l'*exercitium* con la sua prevalente carica fattuale, dall'altro lo *ius* e la *potestas*, che sono essenzialmente volontà, e possono in tal guisa costituire un *habitus*, cioè una caratterizzazione permanente e unitaria capace di imporsi sulla frammentarietà atomistica dei fatti.

Come *habitus*, come rapporto essenziale radicato nella più secreta *substantia hominis* e nella più intima *substantia rei*, il *dominium* risiede soprattutto nell'ossatura psicologica del soggetto ed è, per ciò stesso, sottratto alle vicende esistenziali del soggetto, alla mutabilità delle qualità della cosa. Il soggetto potrà veder variare le sue stagioni vitali (dall'infanzia alla vecchiezza), le sue possibilità d'azione, potrà veder mutare il suo stato da fisiologico a patologico, ma la sua posizione di proprietà non ne sarà né scossa né incisa: quelle vicende circolano a un livello superficiale e non toccano le zone profonde in cui la proprietà nasce e ha vita; e questo come risultato primo di aver spostato l'asse del dominio dall'attività alla

(170) ALFONSO MENDOZA, *Relectio de universali Christi dominio*, p. 708.

capacità (171). Compete al dominio, soprattutto nel suo aspetto di libertà realizzantesi, di mettere in contatto il soggetto con il nucleo della cosa; il nucleo della cosa infatti potrà essere sicuramente còlto solo dalla volontà, mentre la conoscenza e la sensazione rischiano di arrestarsi agli accidenti di essa. È ciò che, in una pagina splendida, proclama senza perplessità il grande Domenico Soto (172)

Nell'ordine di questa impostazione diventa sicura ed agevole la soluzione di una serie di fattispecie di carattere pratico: quali riflessi potranno avere sulla proprietà del singolo i suoi stati di incoscienza (da quello ricorrente e puramente fisiologico del sonno alle varie forme di *amentia)* o di relativa coscienza (come quello dell'infante)? Nessuno a livello di *dominium*; diversi e molteplici a livello di *usus dominii* (173). E Lessius ha cura di precisarci: «etsi ad usum dominii requiratur usus rationis, non tamen ad dominium ipsum habituale quod immediate fundatur in potentiis» (174). E Suarez, ribadendo la

---

(171) «licet non utatur adhuc infans suo intellectu et libero arbitrio, sat est illum habere istas potentias. Non enim diximus ad dominium requiri actualem usum eorum, sed ipsas, esseque capacem dominii naturam intellectualem» (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, p. 114).

(172) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80r.

(173) «unde sicut aliquem propter amentiam, somnum vel infantiam non posse disponere de re sua, non tollit quin sit illius dominus, eo quod in se habeat verum ius disponendi de illa, tametsi impeditum quoad actum propter defectum usus rationis ...» (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35).

(174) LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. IV, dub. II (p. 23). *Infantia ed amentia* sono generalmente considerate degli impedimenti causati da circostanze estrinseche, cioè estranee a quella intima zona delle *potentiae* del soggetto sulla quale esclusivamente si fonda lo *ius dominii*. Così LESSIUS (nel testo citato più sopra) prosegue a proposito dell'*infans* e dell'*amens*: «quod autem [infantes] non possint habere usum istarum potentiarum, provenit tantum ab impedimento extrinseco, scilicet ex redundantia humorum in cerebro. Idem dicendum de amentibus». Il Sayr — che scrive ai primi del Seicento — così riassume il senso di tutta l'ampia letteratura che prima ha analiticamente citato: «Nec obstat ratio in contrarium. Quamvis enim non utantur intellectu et libero arbitrio, satis tamen est illos habere has potentias. Dominium namque in potentiis fundatur, hoc est in eo quod secundum se et suam naturam natus quis sit uti rebus per intellectum et liberum arbitrium, quamvis illud quoad usum impeditum sit. Non enim ad dominium requiritur actualis usus harum potentiarum, alioquin eo ipso quod quis dormiret, rerum suarum dominium amitteret. Quod est absurdum» (SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, pt. II, lib. IX, cap. IV, n. 9, p. 550). Qualche dubbio sorge a proposito della *amentia perpetua*; cfr., sul punto, riassuntivamente, MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. IV, dub. II, p. 288.

soluzione a favore dell'*amens* e del *furiosus* anche perpetuo e svelandoci ancora una volta le matrici speculative della impostazione teologico-giuridica: «Ratio autem a priori est: quia hi natura sua sunt liberi et capaces dominii suorum actuum. Quod autem actu non possunt eam habere perfectionem, est per accidens. Solumque vere impeditur proprius usus per actum liberum, qui est veluti actus secundus dominii. Ius vero ipsum, quod est ut actus primus, non impeditur» (175).

La ricerca delle scaturigini prime del 'mio', che ha tanto affannato tutta la Seconda Scolastica da Vitoria e Bañez a Molina a Lessius a Valencia a Laymann, esprime ora le sue certezze nella solidità di una sistemazione organicamente pensata: proprietà è titolarità; è, a seconda delle sfumature dottrinali, ora *jus*, ora *facultas*, ora *potestas*, con due profili rilevabili: uno che guarda all'interno, ed è l'*habitus*, che modella durevolmente la di lui natura, e dal generico operatore sociale crea quel soggetto fortemente caratterizzato che è il *dominus*, uno che guarda più all'esterno, ed è la *capacitas*, questa vitalità inesausta del soggetto — che è *dominus* per vocazione come creatura volitiva — ad espandersi nel regno di altri uomini e delle cose.

È il punto fermo che consente alla Seconda Scolastica — questa volta monoliticamente concorde nell'andar contro le suggestioni volontaristiche — di respingere gli insegnamenti di Wycliff e di Fitz Ralph, ripresi da Gerson, tendenti a legare il *dominium* allo stato di grazia e a vedere nel peccato una circostanza ostativa per il maturarsi nell'individuo dello stato dominativo (176); è il fondamento sul quale si può erigere il discorso altissimo di Vitoria nel 'de Indis', reclamante per ogni uomo, anche per gli infedeli, la capacità di dominio

---

(175) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XVI (p. 77).

(176) Ogni Maestro ritiene tema d'obbligo una trattazione anche minima delle singolari ed eterodosse proposizioni di Wycliff e di Fitz Ralph; non mette perciò conto di fare citazioni. Per farsi un'idea dell'impianto polemico di Wycliff e dello 'Armachanus' (come si qualifica correntemente Fitz Ralph dalla sede arcivescovile di Armagh che fu sua), può essere utile guardare almeno M. WILKS, *Predestination, Property and Power: Wycliffs Theory of Dominion and Grace*, in *Studies in Church History*, vol. II, ed. by G. J. Cuming, London, 1965, e G. LEFF, *Heresy in the later Middle Ages. The relation of Heterodoxy to Dissent, c. 1250 — c. 1450*, Manchester, 1967, vol. II.

svincolata completamente dalla *fides* del singolo e promanante soltanto dalla libertà del suo volere (177).

La zona della titolarità è infatti zona sottratta a qualsiasi intervento dall'esterno; dall'esterno sono invece concretamente ipotizzabili possibilità di incidenze a un livello sottostante che è quello dell'esercizio. Ma la titolarità è pensata come posizione in sé compiuta e completa, strutturata con dei materiali teologici e psicologici che l'autonomia del soggetto offre, e perciò in nulla tributaria dell'esterno in cui essa pur normalmente opera. La sua autonomia logica è costruita alla stessa stregua dell'autonomia dell'individuo, e il suo distacco dalla sfera comportamentale ripete, sul piano dei rapporti tra uomo e cose e delle forme possessive in particolare, il distacco metafisico del soggetto dalla natura.

Si potrebbe dire che dobbiamo alla Seconda Scolastica l'elaborazione di una teologia della titolarità, e coglieremmo forse nel segno e individueremmo il nucleo di quella fatica dottrinale. Una titolarità assolutizzata, estratta dal tempo e dallo spazio, troppo in sé perfetta rispetto agli *exercitia* che ne costituiscono una mera appendice, troppo di sé compiaciuta per nutrire una sua vocazione sociale, per recare in sé l'impressione di istanze comunitarie.

X. Assolutizzazione — dunque — del concetto di titolarità quale risultato d'una costruzione giuridica sorretta da una limpida consapevolezza teologica; e, accanto, ugual consapevolezza nella esigenza di affidare all'*exercitium* l'aggancio con il divenire storico.

In questo tentativo di dare risposta, contemporaneamente, a due esigenze in opposta direzione sta tutto il dramma della Seconda Scolastica; stanno il travaglio, le ambivalente, le incertezze, le contraddittorietà della intelaiatura teoretica che ha cercato di dare al problema per essa più sentito e tormentoso, al problema nel quale emergeva e si esaltava tutta la singolarità della scuola: che è figlia del Cinquecento, che non intende smentire questa filiazione, che intende anzi prestare orecchio attentissimo ai segni dei tempi e dare un

(177) La letteratura, specialmente spagnola, è amplissima. Basti una citazione: L. PEREÑA, *Misiòn de España en América*, Madrid, 1959. Un valido affresco in proposito è quello, risalente ma non superato, offerto da J. HÖFFNER, *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im Goldenen Zeitalter*, Trier, 1947.

contributo decisivo alla rinnovata visione del mondo inaugurata nella rivoluzione umanistica; che, d'altronde, accanto ai pungenti e discutibili strumenti neoterici, si trova tra le mani, ufficialmente, il complesso istrumentario tomista, sistemazione splendida d'una visione del mondo assai lontana dalla sua e da quella dei contemporanei, splendida sì ma talora inadeguata alla realtà in profondo mutarsi dell'età nuova.

L'esame dei testi di Tommaso — come quello dei testi della giurisprudenza di diritto comune, espressione pur essa dello stesso alveo culturale — cui la Seconda Scolastica si sentì e fu sempre formalmente vincolata, rappresentò una lezione di sano naturalismo per interpreti che avevano fatto proprio, con troppo compiacimento e con troppa adesione intellettuale, il respiro volontaristico della crisi del Medioevo. La meditazione dell'ordinamento tomista del mondo, con il suo complesso gioco di rapporti fra autonomia del soggetto e autonomia delle cose, se contribuì a qualche incertezza e incoerenza logiche negli itinerari di ricerca, contribuì a rendere la visione dei nostri teologi non già il frutto brillante d'un solo canale interpretativo, bensì la matura sistemazione nascente dalla revisione di due atteggiamenti, che, in posizione dialettica tra loro, rappresentavano le voci dell'esperienza culturale del Medioevo e dei suoi sottili e implacabili accusatori.

La soluzione del problema della posizione dei due momenti — titolarità ed esercizio — nella struttura del diritto soggettivo ne è piena dimostrazione.

Il mondo medievale non avrebbe avuto dubbi nell'impostazione della sua scelta e, nel suo permanente realismo, avrebbe optato per l'esercizio. È un mondo ignaro di tensioni umanistiche, incapace di intenerimenti per l'individuo e propenso a sacrificarlo nelle spire d'un ordine che è nella comunità e nella natura intesi come fonti di regole oggettive; è un mondo dominato dai fatti e da una pressante esigenza di fondazioni obbiettive, nel quale il fatto, l'azione, il comportamento sono concepiti con una loro propria foza che non ha bisogno della scintilla volitiva del soggetto per emergere a livello normativo; anzi, la normatività è in essi, e l'ordinamento — che sopra vi si adagia e si riposa — semplicemente li registra e fedelmente vi dà rilievo.

È un mondo che non crede alle titolarità, ma agli esercizi; che

valuta tutto più in termini di effettività che di validità; in cui la molla sollecitatrice è la coscienza del fatto come carica normativa.

Si pensi al sistema medievale delle situazioni reali: è folto di innumerevoli situazioni atipiche, ciascuna delle quali rappresenta l'emersione di esercizi effettivi al rango di valori, di istituti giuridici, mentre la proprietà come titolarità giace sotto questa avviluppante vegetazione di fatti e di attività, non eliminata in linea di principio ma soffocata e devitalizzata, economicamente e socialmente insignificante (178).

Dalla Seconda Scolastica una soluzione come questa sarebbe stata del tutto inaccettabile, per i motivi esposti nei capitoli precedenti e su cui non mette conto di insistere; la sua scelta — l'abbiam visto — è per la titolarità: indicazione precisa che il fondamentale filone ispiratore non proviene dall'alveo medievale e dai suoi interpreti. Ed è una titolarità non claudicante, dotata di tutti gli attributi che valgano ad esaltarne l'indipendenza, rispetto a cui l'*exercitium* si pone come appendice normale ma non essenziale.

Ma se la titolarità appartiene alla metastoria dell'individuo, l'*exercitium* appartiene invece alla sua storia; è esso stesso un prodotto storico con tutte le sue variabilità, che reca in sé le traccie di queste variazioni. La rigorosa separazione fra i due piani posta in essere dai teologhi cinquecenteschi ha dunque, come all'inizio si rilevava, il pregio di soddisfare il loro volontarismo e insieme quel senso vivo della storicità delle situazioni che appare come uno dei meriti prevalenti del realismo gesuitico.

Essi operavano in tal modo una difficile quadratura del circolo: assolutizzavano il dominio come capacità individuale, ma consentivano la più aperta relativizzazione della sua proiezione storica, la quale — in linea di fatto — pur costituiva il fulcro economico-sociale del *dominium*, la sua manifestazione più vistosa, più concreta.

Si costruivano l'archetipo astratto e vi riponevano tutti gli attributi grazie ai quali la dottrina della proprietà non poteva che essere impostata e modellata in senso individualistico, ma immergevano la vita della proprietà e del proprietario, senza eccessivi

(178) Rinviamo all'esame che del problema abbiamo fatto in altra sede. Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 160 ss.

riguardi, ben all'interno della vita dello Stato. Si fabbricavano una teorica del *dominium* basandola sulle qualità interne al soggetto e sulla sua struttura di *singulus homo*, e recupervano il sociale a un diverso e sottostante piano.

Perché d'un recupero del sociale sull'individuale si tratta, dal momento che si ipotizza a livello dell'esercizio un largo intervento dello Stato, che fa spicco a fronte della affermata intangibilità della zona della titolarità. E la teologia fa posto alla storia, e l'immagine di questi teologi si fa d'un tratto complessa nella nostra coscienza storiografica, e addita una testimonianza dottrinale composita, che non smentisce il proprio secolo ma è disponibile ad arricchirsi anche dei messaggi del passato.

«Facultas ad omnes usus» abbiamo più sopra detto essere la qualificazione sommaria della proprietà da parte dei teologi del momento postumanistico della Seconda Scolastica; era però il nostro un riferimento ellittico, giacché il discorso proseguiva e si completava così: «facultas ad omnes usus lege non prohibitos» (179), dove esplicitamente si affida alla legge, cioè a un potere estraneo al soggetto, una possibilità di intervento vòlto a impedire la realizzazione di un determinato esercizio.

Più eloquente ancora Molina. Egli, come vedremo, nel solco del suo solido realismo, rifiuta la definizione gersoniana di proprietà accettata da Vitoria e dai suoi seguaci del primo momento dottrinale, e preferisce rifarsi alla definizione corrente della tradizione giuridica che aveva il suo primo consolidatore in Bartolo. Esamineremo nel cap. XIII i motivi e il significato storico di questa scelta moliniana; per ora, limitiamoci alla interpretazione che Molina fa della parte della definizione in cui il giurista del Trecento espressamente parlava di un intervento del potere costituito.

---

(179) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79r («quocumque usu lege permisso»); ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 107 («in omnes usus iure sibi permissos»); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73 («in omnes usus lege permissos»); CARBONE, *Tractatus de omnium rerum restitutione*, q. II, p. 8 («ad quemcumque usum a lege permissum»); GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 994 («quolibet usu lege permisso»), SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3, p. 538 («quocumque usu lege permisso»).

Diceva Bartolo: «ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur». La sua precisazione appare però troppo ambigua e dommaticamente greve di pericoli al teologo-giurista cinquecentesco: soprattutto egli non approva la indeterminazione dell'oggetto dei possibili interventi della legge che — nel testo del giureconsulto marchigiano — può essere sia lo *ius* sia lo *usus iuris*. E questo è inaccettabile per Molina: anche per lui, che pure intende diversificarsi dalla tradizione volontaristica e inaugurare una riflessione, per taluni aspetti, diversa nell'ambito della Seconda Scolastica, la zona dello *ius*, come zona della titolarità del soggetto, è zona proibita alla ingerenza della legge: «addit Bartolus ultimo partem illam 'nisi lege prohibeatur', quoniam quasi alligari ac impediri ius aliquod ne in actum prodeat et, si prodierit, ne factum teneat ... non tollit dominium et ius perfecte disponendi, sed illud ligat quoad actum ...» (180).

La legge non tocca la sfera della validità del *dominium* ma solo della sua efficacia; non incide — né lo potrebbe — sullo *ius* ma sull'*actus*, sul comportamento che di quello *ius* è manifestazione esterna e non porzione integrante, Manifestazione — per giunta — che, a fronte della assoluta rigidità e fissità del *dominium*, mostra quale suo carattere tipico quello della elasticità, della sua straordinaria possibilità di essere compressa dall'esterno e di ritrovare agevolmente la dimensione primitiva immediatamente dopo che l'intervento dal di fuori sia cessato (181).

L'elasticità dell'uso è lo strumento grazie al quale fattispecie di non facile identificazione dottrinale ma vive nella prassi giuridica di

---

(180) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 35.

(181) Dirà LESSIUS (*De justitia et jure*, lib. II, cap. III, dub. II, n. 9, p. 17): «etsi dominium ex natura sua tale sit ut tribuat potestatem ad usum seu dispositionem rei qualemcunque, tamen interdum lege impediente fit ut haec potestas non possit exire in actum. Sicut qui habet potestatem naturalem videndi, impeditur interdum ne possit ea uti ad videndum; quo impedimento sublato, statim sine accessione novi auxilii potest in actum exire». Ma si vedano anche MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. 3, dub. I, in fine (p. 283); CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3, p. 44; ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1 (che è particolarmente puntuale: «additur 'Nisi lege prohibeatur', quia, etsi iura aliquando iusta de causa aliquod ius impediant ne prodeat in actum, etsi prodierit ne factum teneat, non tamen efficiunt eiusmodi ius non esse dominium»).

ogni giorno vengono inquadrate nel sistema del *dominium*. La più spinosa — quella che affiora all'attenzione di ogni trattatista 'de justitia et jure' — è la abnorme situazione dei beni sottoposti al vincolo del maggiorasco; riguardo ad essi colui al quale erano pervenuti *iure haereditario*, il primogenito, aveva larghi poteri di godimento, ma gli era fatto divieto di disporre mediante alienazione. La domanda che urgeva negli interpreti era se fosse lecito qualificare come *dominus* un soggetto tanto mortificato nella sua possibilità d'azione e se il *dominus* non fosse da cercare e reperire altrove.

La risposta di Molina — che collima con quella di tutti gli altri Maestri (182) — è nettamente in favore del primogenito; e non tanto per la semplicistica osservazione che altrimenti ci troveremmo di fronte a dei beni senza proprietario, quanto per la utilizzazione che vi viene fatta del distacco concettuale tra *ius* e *actus*. L'intervento della legge mette in essere un impedimento alla completa traduzione della titolarità in esercizio; il divieto di alienare, che impegna il primogenito e lo limita, attiene infatti all'esercizio; è lo *actus disponendi* che viene impedito, ma non viene posto in discussione lo *ius disponendi*, la cui *potentia* non risiede nell'effettivo comportamento di disporre, ma che il soggetto o ha o non ha «in se» (183). E ciò è tanto vero che, se sopraggiungesse un ulteriore intervento legislativo a togliere da quei beni il vincolo del maggiorasco, per la elasticità che è propria dell'esercizio, il primogenito riavrebbe *sic et simpliciter* il completo *usus disponendi* (184). Questo è dunque l'effetto d'una posizione di dominio che non gli è *ad substantiam* legata ma che reperisce altrove il suo fondamento genetico.

Sorregge tutta l'impostazione la coscienza che il *dominium* è

---

(182) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80r; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII (p. 107); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 74; SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3; LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. 3, dub. II, n. 9 (p. 17); MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. 3, dub. I (p. 283); CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44). Una rilevante voce in senso contrario è quella di DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sect. I, n. 6 (pp. 14-15), motivata da complesse ragioni accuratamente esposte.

(183) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35.

(184) MOLINA, *loc. ult. cit.*

situazione scarna ed essenziale, è *relatio simplicissima*, quasi una *relatio a priori*, che non può essere sfiorata dalle caducità della vita e che è pensabile se non durevole, permanente. Solo in tal modo esso diviene un *habitus* del soggetto e lo caratterizza; solo a condizione che la sua *natura* di *jus* non sia toccata dalla vicissitudine dei *facta* (185).

Il 'mio' — sembrano insegnare i nostri teologi — è ben oltre le forme con cui la proprietà si esercita: il 'mio' ha la sua spiegazione e giustificazione soltanto all'interno del 'me'. È perciò — dirà Molina — che il proprietario può dormire tranquillamente i suoi sonni, senza la preoccupazione che quel suo non-comportamento metta in dubbio, durante il sonno, il suo *dominium*; che il pupillo e l'insano di mente possono essere considerati *veri domini* anche se tutto l'esercizio dei poteri è condensato nelle mani del tutore (186); o la moglie autentica proprietaria dei beni dotali (187); che, per altro verso, l'amico o il *procurator*, cui il *dominius* avesse affidato l'effettualità dei poteri sulla cosa, non potrebbe, a nessun titolo, esser considerato proprietario (188). E nemmeno l'enfiteuta, il feudatario, l'usufruttuario, l'ipotecario le cui situazioni possono essere definite situazioni di esercizio, trattandosi — nelle fattispecie che quegli assetti d'interessi ingenerano — di forme pur estremamente qualificate di *uti* e di *frui*, di strutture che *ex natura sua* assumono l'esercizio come tratto tipizzante. Ma qui il discorso si fa complesso e meritevole di essere ripreso *ex novo* in un capitolo autonomo.

XI. Parlar d'usufrutto, di feudo, d'enfiteusi significa imboccare un sentiero malcerto e rischioso, che dovrà — prima o poi — nel solco della tradizione occidentale medievale, fare i conti con il frutto proibito del dominio utile (189). Frutto raccolto con cura

---

(185) Un testo interessante — anche se non rigorosissimo né concettualmente, né terminologicamente — è quello di REBELLO, *Opus de obligationibus justitiae*, lib. I, q. VII, s. I, n. 2 (p. 55).

(186) MOLINA, *loc. ult. cit.* Omettiamo l'indicazione di concordanze; sono affatto comuni.

(187) Cfr., per tutti, DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sec. I, n. 8 (p. 15).

(188) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34.

(189) Sul dominio utile nel sistema medievale dei diritti reali, cfr. quanto abbiamo avuto occasione di puntualizzare ne *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*,

nell'inesausto vivaio di idee e di schemi operativi che è il diritto medievale, ma frutto proibito, perché scandaloso rispetto agli archetipi classici, con una sua natura ambivalente e distorta che solo il realismo effettualistico del diritto comune aveva potuto impunemente digerire.

Nella cultura medievale, il dominio utile — che pur vi approdò in mezzo a non poche perplessità e fu sempre sommessamente discusso anche se sempre accettato — era il simbolo della promozione cui l'ordinamento aveva elevato, contro il proprietario capitalista, certe forme di impresa (cioè di esercizio) come quelle dell'enfiteuta, del conduttore a lungo tempo, di molti concessionari di terre sulla base di contratti agrari a natura non locativa. Nel quadro di un diritto privato, nella formazione del quale la voce principale sollecitatrice e costruttiva era lasciata ai privati e alle esigenze 'reali' delle cose, il dominio utile fu (e fu considerato nella coscienza dei più avveduti giureconsulti) l'emergere di istanze oggettive proprie della natura economica delle cose, e acutamente si disse che sulle cose più che sulle persone si modellava, che a quelle accedeva più che a queste (190).

Se così è, quale cittadinanza può avere nella dottrina giuridica cinquecentesca e nel sistema privatistico della Seconda Scolastica una simile costruzione giuridica che sembra fatta apposta per negare tutte le premesse da cui quella dottrina e quel sistema discendono?

In omaggio ai testi classici ormai rimessi a lucido sui loro tavoli di studio e forse alla coscienza dell'uomo nuovo e soprattutto del nuovo *homo oeconomicus*, la dottrina giuridica umanistica e postumanistica uscirà in acri, irose e velenose invettive contro l'asinina e grossolana invenzione del dominio utile, la quale, ai loro occhi, rivelava un duplice tradimento, dei testi classici, e, insieme, della supremazia del soggetto. Ma la Seconda Scolastica? Se il suo respiro è autenticamente umanistico, se le sue matrici più profondè ripo-

---

cit. p. 18 ss., proponendo una nuova e diversa interpretazione dell'istituto. Le nostre conclusioni sono ora accettate nel recentissimo saggio di R. FEENSTRA, *Les origines du «dominium utile» chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani)*, in *Flores legum H. J. Scheltema antecessori groningano oblati*, Groningen, 1971, p. 92.

(190) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 202 ss.

sano, più che nel tomismo, nelle correnti volontaristiche seppellitrici del Medio Evo, essa non potrà non adeguarsi alle requisitorie dei giuristi e respingere o ignorare lo smembramento del dominio. In parte sarà così, ma solo in parte; ed è questo il punto su cui preme indagare.

Già abbiamo altre volte precisato che, pur constatando una sostanziale unitarietà di motivi ispiratori, senza voler proporre artificiose e innaturali cesure nello sviluppo dottrinale, tuttavia il divenire della Seconda Scolastica, così com'è rivelato dal tema dei rapporti fra uomo e beni, ci sembra scandirsi in due momenti successivi: un primo momento, con scelte di fondo volontaristiche e umanistiche, nel quale la riflessione teologica ha maggiore autonomia, momento che, senza curarci della implicita tautologia, abbiamo chiamato e continueremo a chiamare 'teologico'; un secondo, invece, quasi totalmente nelle mani dei Maestri gesuiti, nel quale, accanto alla consueta impostazione giuridica, si accompagna un'attenzione maggiore alle fonti e alla prassi giuridiche, e un influsso decisivo della tradizione di diritto comune.

Anche per il problema che ci interessa la scansione suesposta corrisponde a una realtà storico-dottrinale. Invano cercheremmo nei vasti commentari di Vitoria, di Soto, di Ledesma, di Aragon, di Salon, di Bañez l'impostarsi d'un problema del dominio utile.

Non se ne parla, come non si parlerebbe d'un non-senso: se il dominio utile non è né una burla né una semplice formuletta vocale, ma segna e segnala uno smembramento del *dominium*, una modificazione tanto profonda della sua natura da provocare la geminazione di esso in un *dominium directum* e in un *dominium utile*, tutto ciò non può avere recezione nella teorica della proprietà elaborata da quei Maestri.

Caratterizzata nelle sue fonti filosofiche, la dottrina del primo momento ci presenta una teoria organica e rigorosa del *dominium*, dove tutto suona coerenza: ferma nella contemplazione umanistica del soggetto, certa che l'essenza più riposta del dominio si celi all'interno del soggetto, tutta tesa a concepirlo come una posizione che investe, da un lato, la totalità del soggetto, dall'altro, la totalità della cosa, l'*unus dominus* per l'*una res*, non può dar credibilità a un assetto giuridico che costituisce l'emersione di istanze opposte alle sue.

Per questo, non se ne parla nemmeno, ed è forse in Vitoria in Soto, in questo loro atteggiamento di consapevole *ignorantia*, l'eco del disprezzo vomitato sul dominio utile dai giureconsulti umanisti francesi, primo fra tutti quel Guglielmo Budé rispettosamente citato da Vitoria.

V'è in Soto un accenno, e precisamente dove egli si sforza di separare *verus dominus* da *usuarius* e *usufructuarius*: «tametsi emphyteuta dicatur habere dominium utile ...» (191). Un inciso fugace e frettoloso, in cui si rinvia — senza accoglierla — a una voce corrente fra i giuristi e in cui un interprete più fantasioso di noi potrebbe avvertire venature indubbie di riprovazione.

Ancora nei 'Commentarii theologici' di Gregorio di Valencia — che appaiono a Ingolstadt dal 1591 al 1597 — si rinviene l'affermazione che lo «*ius usuarii sive usufructuarii non est proprie dominium, quamvis soleat quidem improprie appellari dominium utile sive indirectum*»; anche nel gesuita di Medina lo stesso rinvio, come in Soto, a una voce corrente, e, in più, quella confusione fra situazione dell'usufruttuario e dell'utilista, che sarà normale nella Seconda Scolastica e indica il prevalere di una valutazione economica su quella giuridico-formale (192).

È con Molina che il silenzio si muta in un problema accettato e discusso e che il dominio utile diventa tema di ricerca; è infatti con Molina che si inaugura il secondo momento.

Son due le circostanze che pesano sul variare dell'atteggiamento dottrinale, e ambedue l'una all'altra implicate: l'allontanarsi dai modelli umanistici e, nell'alveo di una fedeltà non solo formale a San Tommaso, il rinnovarsi di esigenze naturalistiche; conseguentemente, l'avvicinarsi a quel 'reale' che è il diritto e a quella voce del 'reale' che è non solo il discorso dei giuristi, ma l'osservanza d'una prassi giuridica.

A nostro avviso, l'emergere del problema del dominio utile in Molina non può non essere inserito in quella acuta attenzione per la *natura rei* che domina il Maestro di Evora e che è il segno delle nuove possibilità percettive dei dottori gesuiti (193). *Natura rei* è la

---

(191) Domenico Soto, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 80r.

(192) Gregorio Di Valencia, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 993.

(193) Il problema è stato oggetto della ricerca di H. Rapp, *Die Bedeutung der Lehre Molinas von der natura rei für die Theorie des Naturrechts*, Freiburg i.B., 1963 (dissert).

fusione tra un oggettivismo astratto di marca razionalistica e un oggettivismo concreto di marca storicistica; è il cumulo di istanze provenienti *ab intrinseco* dall'oggetto nella sua individualità storica. Ed è la molla che spinge l'indagatore a guardare stereoscopicamente la *res*, a coglierla come entità ben più complessa di quanto possa far credere la qualificazione esiliante di oggetto, e con influenze e contraccolpi altrettanto complessi.

L'attenzione alla *res* rende meno spedito e disinvolto l'itinerario del teologo-giurista; ciò che si poteva tacere o relegare in soffitta nel nome e per conto d'un soggetto dispoticamente sovrano e completamente assorbente, diventa per Molina problema; e la sua testimonianza, mentre acquista vivezza storica, corre però il rischio di qualche contraddizione e di qualche incoerenza.

Intanto, si comincia con un punto d'avvio obbiettivo, lucido, anche se teoricamente costoso: le fattispecie, di cui si tratta, non hanno niente a spartire con quelle, esaminate a fondo dallo stesso Molina, del maggiorasco, della minore età, della *amentia*, e via dicendo. In quelle la volontà generale provoca un impedimento 'quoad usum', che non intacca la sfera dominativa e che per la elasticità dell'*usus* può estendersi o diminuire finanche a scomparire, senza che di quella vicenda il *dominium* abbia a risentire.

Là era questione di *ius ligatum*; qua, invece, di smembramento dello *ius*: «aliud quippe est partem iuris quasi integrantis dominium ab uno auferri et conferri alteri, ut fit quando uni legatur dominium agri et alteri usufructus aut quando retento dominio directo, ager traditur in emphyteusim; aliud vero, nulla parte iuris in alium translata, impediri quemquam ab usu talis talis: primum namque in causa est, ut aliquis non sit integre et perfecte dominus ...» ([194]).

([194]) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35. Uguale consapevolezza ci è dato trovare nel gesuita portoghese Fernando Rebello, il cui 'Opus de obligationibus justitiae' risale al 1608, anno della morte del teologo. Dopo aver definito il *dominium* come 'Propria facultas sive ius super rem ad omnem usum', aggiunge: «Porro praefata dominii definitio non est essentialis, sed traditur per quamdam dominii proprietatem, quae ab eo impedibiliter fluit; hoc est per facultatem ad omnem usum, quae per legem vel aliud accidentarium impedimentum non solum impediri sed etiam separari a dominio potest, ut diximus in perpetua emphyteusi ...» (lib. I, q. VII, s. I, n. 3, p. 56).

Il discorso non viene soffocato o ipocritamente minimizzato, ma portato esattamente nel punto dove il problema va a colpire, anche se ci si rende perfettamente conto che si sta colpendo un elemento portante di tutta la costruzione di Vitoria e dei suoi seguaci.

Rispetto a questa costruzione — che Molina e i gesuiti variano solo marginalmente ma che nella sostanza accolgono — è logicamente compatibile parlare di *dominium imperfectum*? Quando *dominium* è *perfectio*, è *dignitas*, è il soggetto stesso nella sua azione dinamica, o almeno — ed è stato Molina ad insegnarcelo — è relazione semplicissima, che non può identificarsi in nessuna delle facoltà del *dominus* ma tanto meno nell'*utifrui* del bene.

L'itinerario logico di Molina è formalmente deludente per la relativa coerenza con il suo discorso restante; una sola giustificazione emerge, per sua stessa dichiarata ammissione: che il problema e la soluzione relativi allo smembramento del dominio sono ambedue còlti «ex parte obiecti» ([195]).

L'incoerenza di Molina è di avere inserito, all'improvviso e senza sufficienti sostegni logici, un discorso totalmente oggettivo all'interno di una teorica della proprietà che non veniva smentita nelle sue fondamenta solidamente soggettivistiche; tant'è vero che i supporti logici offerti dal teologo sono inesistenti, a parte la dichiarazione programmatica di una osservazione «ex parte obiecti», e affiora sempre più, in mezzo a perplessità vivissime, il tentativo di colmare le carenze logiche con fondamenti autoritativi presi a prestito dai giuristi.

Soffermiamoci un momento: è palese il rinvio ai giuristi: «Sumpto dominio non pleno hoc secundo modo [che era il caso dell'enfiteusi e dell'usufrutto], subdividitur *a jurisperitis* in dominium directum et utile. Dominium proprietatis *appellant* dominium directum. Usumfructum vero ... *appellant* dominium utile ... Divisionem hanc dominii non pleni in directum et utile tradit *Bartolus* ... Sunt qui velint emphyteutam feudatarium et maiori cum ratione usufructuarium non habere dominium rei cuius proprietas est apud alium ... *Alvarus Valascus* ... nihilominus *censet* recedendum non esse a communi divisione post Bartolum recepta, a qua neque ego

([195]) MOLINA, *loc. ult. cit.*, col. 39.

recedendum arbitror, tametsi semper confitendum sit proprietarium magis proprie ac praecipue esse dominum rei quam usufructuarium eaque ratione iura aliqua solum proprietarium appellare dominum, dominio praecipuo ac simpliciter quale est directum» (196).

I corsivi dell'abbondante citazione testuale da Molina sono nostri e servono a segnalare la non-autonomia della pagina del teologo di Cuenca, a fondamento della quale troviamo la consueta dialettica tra frammenti del *Corpus juris* tipica dell'argomentare dei giuristi professionisti, il coro interpretativo della *communis opinio* con alla testa Bartolo e infine, unico giureconsulto che ha l'onore della citazione accanto ad Accursio e a Bartolo, Alvaro Valasco, modesto pratico portoghese del Cinquecento, sistematore chiaro e accurato della materia in un fortunatissimo 'Tractatus de jure emphyteutico' (197).

L'accoglimento della opinione comune dei giuristi ha un unico momento di consapevolezza: quello in cui si avverte che, nel rapporto uomo-cosa, l'oggetto ha delle istanze sue e che la *natura rei*, quale cumulo di forze economiche, non può essere semplicisticamente liquidata a ombra dell'individuo; che la proprietà ha, accanto alle prioritarie e prevalenti ragioni teologiche e filosofiche, ragioni economiche che scaturiscono dai fatti stessi e che un'osservazione un pò meno deformata dal paraocchi individualistico e appena un pò disponibile a cogliere le variazioni oggettive segnala con tutta evidenza. Conclusione a cui doveva portarlo anche la sua peculiare qualità di osservatore non distratto della pratica agraria ispano-lusitana costellata di concessioni fondiarie sfocianti frequentemente nella costituzione di *dominia utilia*; concessioni di cui egli ama riportare con dovizia nei suoi commentarii la varia e pittoresca terminologia in volgare castigliano o portoghese (198).

È la sua acuta sensibilità, insieme storica ed economica, a spingere Molina sul terreno dei giuristi, a rendere la sua testimo-

---

(196) MOLINA, *loc. ult. cit.*, coll. 39-40.

(197) MOLINA, *loc. ult. cit.*, col. 40.

(198) Si veda (*loc. ult. cit.*), dove egli parla «de emphyteuta in agris patrimonialibus, quos lusitani reguengos appellant», o tutta la terminologia da noi già ricordata (cfr. *supra*, p. 283), di cui fa sfoggio nella disp. 10 'De emphyteusi, feudo, libello superficiarioque contractu» (col. 62).

nianza tanto complessa e sfaccettata. Ma è una sensibilità che gli dà poche certezze e molti dubbi: la sua certezza è che l'essenza del *dominium* debba rinvenirsi ben a fondo dentro il soggetto. Il resto è solo un echeggiamento di motivi che lo conducono ad accettare la dottrina universalmente ricevuta del dominio utile (di cui egli intuisce le giustificazioni naturalistiche), riconoscendo però che questo incarna una figura imperfetta di proprietà.

Anche il mondo della giurisprudenza medievale non aveva acquisito incruentemente lo schema nuovo e categorialmente scomodo del dominio utile ([199]): filiazione ancipite del disinvolto realismo giuridico medievale e della rigorosa tecnica diagnostica romana ([200]), aveva mostrato a più d'un giurista le sue debolezze sul piano dogmatico; ma se ne era operato un recupero sempre più definitivo, cogliendovi, in mezzo a tante debolezze concettuali, la sostanza d'una proprietà effettiva.

Ciò aveva un senso nella cultura del diritto comune che partiva da premesse filosofiche naturalistiche. Ma che senso ha, nel sistema di Molina, parlare di un *dominium imperfectum?* Posto che non si smentiscono le premesse volontaristiche della Seconda Scolastica in tema di *dominium*, è più una giustapposizione che l'inserzione di un elemento perfettamente digeribile e digerito; e la sua testimonianza è sì complessa, ricca di sensibilità, aperta a far sue dimensioni culturali diverse, ma — per quanto concerne il dominio utile — immotivata.

Il teologo avverte intensamente soltanto l'esistenza e l'importanza del problema; per il resto, non ha una parola sua da dire e si limita a registrare, pur con molte perplessità, gli insegnamenti di Bartolo e di Valasco.

Consona a tutta la sua claudicante pagina sullo smembramento della proprietà è la conclusione, tendente a minimizzare e quasi a vanificare l'ammissione di un dominio semipleno: «Illud admonuerim, cum parum pro nihilo reputetur, nullum aliud ius in re efficere ut proprietarius non dicatur pleno iure dominus illius praeter usumfructum perpetuum praesertim qualis est in emphyteuta, feudatario

---

([199]) GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 183 ss.

([200]) In questo senso: che esso rappresentava la traduzione entro lo schema tecnico del *dominium* delle istanze naturalistiche della cultura giuridica medievale.

ac superficiario perpetuis» (201). L'ammissione di un dominio utile viene ridotta a pochissimi casi tipici assolutamente non estensibili; anzi, nel pensiero di Molina, quasi ridotti a casi ristrettissimi di concessioni perpetue enfiteuticarie, feudali e superficiarie. *Parum pro nihilo habetur* — confessa il nostro teologo rivelando un palese complesso di colpa — e il sistema fondiario basato sul *dominium plenum*, sull'*unum dominium*, non ne viene scalfito.

Il rilievo del testo moliniano è quello di segnare un momento di apertura nella storia della Seconda Scolastica e anche di arricchire d'un nuovo argomento la tematica della proprietà che si era fissata su dei punti consolidati. Purtroppo, l'arricchimento è all'insegna della incoerenza, e serberà questo carattere negativo quando, nella diaspora europea della Scolastica secentesca, il tema non verrà più deposto e assumerà il ruolo di vero e proprio topos dottrinale; allora, o si accetterà il termine dominio utile come definente un dominio improprio (202), o si teorizzerà inconsapevolmente un *dominium semiplenum* (203).

Fra una inconsapevolezza che può essere definita quasi generale fa però spicco la figura del Suarez del momento più maturo, nel quale la riflessione è condotta, per esigenze interne al pensiero dell'autore, dove non aveva osato Molina pagando un grave scotto teoretico.

Diciamo subito che il Suarez della maturità, non ci dà, per quanto ne sappiamo, a differenza di Molina e degli altri, una trattazione sistematica del *dominium*; il che rende più difficile una valutazione e impone in questa la massima cautela. Le sue precisazioni sono però tali da consentirci una sufficiente identificazione del suo pensiero.

In lui *dominium* è autonomia di poteri sulla cosa, una posizione estremamente qualificata che il teologo cristallizza nella espressione

---

(201) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 40.

(202) Cfr. SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3 (p. 538).

(203) Qualche esempio: REBELLO, *Opus de obligationibus iustitiae*, lib. I, q. VII, s. I, n. 6 (p. 56); LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. 3, dub. I, n. 4 (p. 17); CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44); ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 3. Contro questa incompletezza tuonano però taluni maestri (ad es., DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sect. I, n. 9), negando un carattere autenticamente dominativo al dominio utile.

«principale ius»; ed egli ha cura di puntualizzarlo: «addidi vero illam particulam principale ut dominium ab administratore distinguerem, ac denotarem dominium proprie dici illum, qui est veluti causa principalis cuiuscumque usus rei, quia propria virtute, ut sic dicam, illum exercere potest» (204).

Il *dominium* ha lasciato la sfera del *libitum* per contentarsi di una identificazione con la sfera del *proprium*, inteso come la posizione di potere indipendente, cioè fondata di per sé e per propria virtù, nella quale la libertà del soggetto incontra il limite oggettivo della *natura rei*. Non è assolutezza di poteri, ma autonomia; premessa che rende legittimo ipotizzare diversi e sovrastanti *dominia* su una stessa *res* e che non è molto dissimile da quella che aveva permesso la stessa conclusione a Bartolo e alla dottrina medievale: «quod ius [utendi fruendi] posset in praesenti sub dominio comprehendi, quia dominium utile a juristis vocatur, et proprium ac principale ius est ad tales actus» (205).

Suarez ha deposto le perplessità che hanno tormentato Molina; non ha più dubbi. Probabilmente il punto d'avvio è stato identico a quello del teologo di Cuenca: la riflessione sulla *natura rei*. Ma ciò che in Molina non va oltre la mera intuizione, ha in Suarez uno sviluppo logico e vien portato innanzi fino alle sue conseguenze ultime; tanto da rendere le sue conclusioni non solo marginalmente ma sostanzialmente diverse dal grande alveo della Seconda Scolastica.

Già nelle lezioni romane della sua giovinezza, pur inserite nel clima del rinnovamento vitoriano e sotiano, troviamo accenni preziosi per capire i futuri sviluppi: come quando accetta sì l'idea sotiana di proprietà come libertà dell'individuo e come «facultas in omenm usum», ma precisa subito — quasi di sfuggita e senza teorizzarvi sopra —, che, secondo lui, «uti in omnem usum» significa «uti in omnem usum, ad quem ipsae [res] iuxta suam naturam et conditionem accommodari possunt» (206); o come quando, nello stesso contesto, si fa prendere da istanze effettualistiche originate

---

(204) SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda, De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 4 (p. 562).

(205) SUAREZ, *loc. ult. cit.*, n. 6 (p. 563).

(206) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 35.

dalla sua contemplazione della *res*, che certamente un Soto, un Aragon, un Bañez non avrebbero approvato nella loro rigorosa coerenza ai principii fissati (207).

L'attenzione alla *natura rei*, che il neotomismo gesuitico riproponeva, vissuta in una coscienza forse meno tormentata ma più intellettualmente organizzata di Molina, era destinata a operare uno spostamento dell'indagatore un può fuori del filone volontaristico, come ci è dato cogliere nel Suarez delle *disputationes* e dei *tractatus*. Qui, lo smembramento della proprietà è conseguenza non di una intuizione ma di una deduzione; e il frutto più vistoso è la costruzione del dominio utile come «proprium ac principale ius ad actus utendi et fruendi».

Questo non sarebbe però ancora soddisfacente, perché non spiegherebbe né giustificherebbe la 'proprietas', cioè l'indipendente autonomia di poteri dell'enfiteuta, del feudatario, del superficiario. Non dimentichiamo infatti che tutte queste situazioni sono generate per un preciso atto di volontà del direttario, e ostentano, sotto questo profilo, dipendenza da un'altrui volontà, più che autonomia.

Suarez non sembra allarmato da questa genesi relativamente autonoma; egli guarda alla vita delle situazioni sulla cosa, alla permanenza di certe potestà sulla cosa, alla vita economica della stessa cosa che acquisisce autonomia nelle mani dell'enfiteuta, del feudatario, del superficiario.

L'autonomia di questi, che sono formalmente titolari di diritti reali su cosa altrui, se non la si può costruire 'ex parte subiecti', la si può ottimamente costruire 'ex parte obiecti'. Il *dominium* può così fondarsi su due realtà: quella del soggetto e quella della cosa, né ha rilievo che il *dominium* costruito sulla cosa possa non essere completo: «dominium utile, quod sine dubio, licet non completum, verum tamen dominium est» (208).

---

(207) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 35: «quamvis re vera, sive dicamur domini sive non horum bonorum, sed usufructuarii, parum certe intersit, quia vix est differentia nisi de modo loquendi, nam res eadem revolvitur». Condizionante è, anche in questo caso, l'angolatura «ex parte rei», dalla quale si coglie appiattito e uniformato ciò che «ex parte subiecti» sarebbe risultato variato e distinto.

(208) SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda, De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 24 (p. 569). Un pò prima (p. 563, n. 5) aveva parlato «pro quocumque vero

Il soggetto non è più l'unica fonte di *potestates*; anche la cosa si accosta a lui in questa carica di vitalità, in questa funzione positiva. La natura del fatto diviene un elemento che, di per sé, ha una forza normativa tale da essere creatrice di diritto e addirittura di quella posizione potestativa per eccellenza che è il *dominium*.

Ascoltiamo il pacato discorso di Suarez: «respectu rei, qua frui et uti licet ex vi talis iuris [che può essere usufrutto, enfiteusi, feudo, superficie, e via dicendo], est dominium tantum utile; tamen de hoc ipso iure est dominium proprium quia illud distrahere licet et in quemcumque usum convertere non prohibitum. Nec vero de hoc iure oportet fingere aliud ius, quod sit dominium eius, ne in infinitum procedatur, sed eo ipso quod est ius fruendi et utendi tali re per se ipsum, affert dominium sui ipsius» (209).

La polemica, tacita, implicita, è con Molina, con Bañez, con Vasquez, con tutti quei Maestri che avevano sentito il 'mio' come problema che aveva le sue scaturigini nel profondo del 'me', e avevano indicato come direzione di ricerca quella di uno scavo che andasse sempre più all'interno del soggetto. Qui la visione è invece tutta effettualistica, resta alla superficie dov'è la lotta tra le forze economiche e dove la vita economico-sociale si distende; alla dimensione verticale e ai suoi valori, Suarez aggiunge ora e sovrappone i valori della dimensione orizzontale, che è poi quella dell'oggettività.

Chi ha familiarità con i processi costruttivi e con le scelte del diritto medievale, troverà molte assonanze fra il discorso dei giuristi e le puntualizzazioni del gesuita secentesco; e accosterà mentalmente la coscienza del giurista vecchio, che aveva intuito che il dominio utile «potius accedit rei quam personae» (210), alla consapevolezza del teologo nuovo che costruisce il dominio utile come dominio soltanto «respectu rei». Un teologo che non è però, in questo caso, lo specchio d'una scuola o d'una coiné culturale, ma piuttosto uno

---

dominio particulari et humano, sive sit omnino plenum et liberum, sive sit aliquo modo ligatum ut in majoratu, sive sit semiplenum, ut in dominio emphyteutico seu directo tantum, et idem est de utili».

(209) SUAREZ, *ibidem*.

(210) Il giurista è Luca de Penne, la cui significativa testimonianza abbiamo esaminato altrove: *Le situazioni reali*, cit. p. 203 ss.

splendido esempio di riflessione isolata e disarticolata dal coro dottrinale (211).

I teologi-giuristi del primo momento avevano forse, sollecitati da quei profondi legami che muovono, ad un unico misterioso richiamo, strutture economiche e pensiero pensante, modellato il proprio archetipo dominativo per e sopra il nuovo *homo oeconomicus* del Cinquecento quale appare non già nella arretrata realtà agraria ma nella vivezza di un commercio ormai capitalisticamente improntato sia sul piano psicologico, sia su quello organizzativo; per quest'uomo, la delineazione teorica d'una proprietà come dimensione della sua libertà, e perciò meramente potestativa, assoluta, unitaria, rappresenta la sagomazione d'un insostituibile strumento d'azione, e sempre più lo sarà per tutta l'età borghese, con l'avvento della società industriale attraverso le rivoluzioni liberali fino alle cristallizzazioni legislative dei Codici.

È forse allora la voce di Suarez all'unisono con le strutture agrarie che vivono, in un loro pesante immobilismo, l'impronta ricevuta nell'assetto fondiario medievale? Senza dubbio, l'osservazione della prassi agraria — meno palese tuttavia che in Molina — può avere avuto un certo rilievo, ma non dimentichiamo che si trattava pur sempre d'una pratica inerte, sclerotica, fatiscente. Il ripensamento suareziano invece ci appare tutto speculativo, tutto stimolato da confluenze dottrinali, tutto fondato su una verità interiore, su un'acutezza di sguardo, su una partecipazione del ricercatore più alla metastoria che alla storia del suo oggetto. Per questo, preferiamo pensarlo — nella solitudine di questa sua riflessione — più appartato degli altri Maestri della sua scuola dal senso stesso dei tempi brevi della storia che nel tardo Cinquecento o ai primi del Seicento si viveva in Spagna e nell'Europa occidentale; testimonianza che ben spesso la storia delle idee ha in sé la sua libertà e le sue certezze.

---

(211) Si potrebbe — se mai — dire che, sul piano di una rigorosa definizione tecnico-giuridica del discorso, non v'è in Suarez una coscienza precisa del discrimine — così vivo nei giuristi professionisti del diritto comune — tra *dominium rei* e *dominium* del proprio *ius* sulla *res*; nella pagina del teologo il dominio utile è un *quid iuris* che emerge dalla *res* ma che, al tempo stesso, è *dominium sui ipsius*.

XII. Quando, all'inizio di questa ricerca, si pose il problema se impostare sistematicamente ed unitariamente il quadro offerto dalla Seconda Scolastica oppure seguirne storicamente il divenire, ci sembrò che, pur nelle diversità di atteggiamenti che emergevano, fosse prevalente una visione di fondo unitaria entro la quale si rilevava una scansione in due momenti, che non smentiva, in genere, quella visione ma soltanto la variava. In conseguenza di questa premessa, i capitoli del nostro itinerario di ricerca sono stati tutti impostati all'insegna di oggetti unitariamente esaminati, anziché diversificati secondo l'evoluzione dottrinale; tutti, tranne questo e il seguente dedicati alla definizione della proprietà.

Se la sostanza del discorso era unitaria, la definizione, come dato formale, rinviava però a fonti culturali affatto diverse ed esigeva, appunto per la maggior evidenza delle matrici dottrinali, due riflessioni formalmente autonome.

Il primo momento — quello che abbiamo qualificato 'teologico' — rivela anche nella soluzione del problema definitorio la propria tipicità culturale; è, come sappiamo, il momento di adesione più piena alle formulazioni volontaristiche della tarda Scolastica, e alla tarda Scolastica impronta infatti la propria definizione di *dominium*; più precisamente a Gerson che Corrado Summenhart aveva riproposto ai giuristi dell'età umanistica nel suo gersonianissimo trattato 'De contractibus' (212).

Recita la *definitio* del cancelliere parigino: «Dominium est potestas propinqua assumendi res alias vel ut alias in sui facultatem vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas» (213).

Vi ha risalto la proprietà come posizione soggettiva di potere e come posizione provocatrice di un moto centripeto di attrazione dei beni verso il soggetto; v'è, inoltre, nella definizione, ben precisata l'idea che proprietà significa negazione di ogni autonomia della realtà fenomenica, inglobata — grazie al *dominium* — entro la sfera del soggetto.

Vi risalta poi un termine 'facultas', corrente nell'uso di tutta la

---

(212) CORRADO SUMMENHART, *De contractibus licitis atque illicitis* ..., Venetiis, 1580, Tract. I, q. I, p. I.

(213) Vedila in GIOVANNI GERSON, *De potestate ecclesiastica*, in *Oeuvres complètes*, ed. Glorieux, vol. VI: *L'oeuvre ecclésiologique*, Paris, 1965, p. 245.

Scolastica, ma particolarmente frequente nella Scolastica francescana a indicare una potenza del soggetto, che, lasciato il terreno astratto della pura potenzialità, è divenuta una posizione di libertà dell'individuo, dinamica, espansiva ed incisiva nella realtà che lo circonda (214).

Fu questa una definizione congeniale ai primi creatori del rinnovamento teologico cinquecentesco: variata soltanto di poco e vieppiù precisata, la si trova nei commentarii alla *Secunda Secundae* e nella 'relectio de Indis' di Francesco da Vitoria (215) o in quella 'relectio de dominio', del 1535, in cui Domenico Soto abbozza la teoria della proprietà (216) che egli svilupperà compiutamente nel libro quarto del suo ' De justitia et jure' (217).

L'adozione del termine 'facultas' è sorretta dalla esigenza di dare al *dominium* una qualificazione non equivoca. Già Vitoria fissa un punto fermo: quando si dice 'facultas', non si fa riferimento alla 'sola potentia', cioè alla mera possibilità di fatto di raggiungere un determinato risultato, bensì ad una 'potestas juridica', ad una complessa posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento, grazie alla quale io posso incidere sulla realtà sociale pretendendo, al tempo stesso, che questa incidenza abbia validità di fronte a tutti i consociati (218).

Ma 'potestas juridica' sembra qualificazione ancora troppo generica a Soto, che tiene ad esaltare il contenuto specifico ed inconfondibile di 'facultas'. La quale non attiene, come aveva sostenuto Gerson, all'area del *fas*, della semplice liceità, ma a quella del *facile*:

---

(214) GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 310.

(215) «dominium est facultas ad utendum re pro arbitrio suo» (VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. I, n. 29, p. 82). Cfr. anche VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, n. 20 (p. 662-663).

(216) DOMENICO SOTO, *Relectio de dominio*, p. 78.

(217) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. 1, f. 79v.

(218) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, n. 20. 'Potentia' sta ad indicare genericamente una possibilità del soggetto, che può anche collocarsi nella piena antigiuridicità; dal che il discorso paradossale di Vitoria: «si enim hoc satis est ad dominium, ergo latro habet dominium ad interficiendum hominem, quia habet potentiam ad hoc; et fur habet potentiam ad capiendum pecuniam».

«facultas non a fas, sed a facile derivatur, ut sit quasi facilitas. Sunt enim contraria facultas et difficultas» (219).

La precisazione è indicativa: ciò che preme a Soto è reperire uno strumento idoneo per il dinamicissimo operatore sociale che ha di fronte, uno strumento teoretico che valga a caratterizzare la libertà intrinseca alla sua azione e, insieme, la capacità di questa azione a tradursi in posizione dominativa.

La 'facultas', proprio per il suo essere una 'facilitas' del soggetto, è emblematica del respiro umanistico di Soto, emblematica d'una cultura che risolve la complessità del mondo nella scarna semplicità del soggetto e concepisce la realtà fenomenica come la proiezione dei suoi poteri, un territorio idealmente sgombrato da ogni impedimento che possa frapporsi all'estrinsecazione di questi (220).

'Facultas' significa dunque posizione potestativa che trova il proprio limite costituzionale soltanto nella volontà che dal di dentro la sorregge e la orienta verso l'esterno; 'facultas' è il segno tipico della sovranità del soggetto e della sua vocazione a concretarla in forme possessive. Il microcosmo trova in essa il suo termine di chiusura, il confine della sua indipendenza entro il quale l'azione del singolo è 'facilis' (221).

Si capisce appieno, perché il *dominium* sia definibile come *facultas*, sia, anzi, per eccellenza, *facultas*; non si sarebbe infatti molto lontani dal vero se si affermasse che il compito prevalente che l'età nuova gli affida è esattamente quello della *facilitas* dell'individuo, costituendo intorno a lui uno schermo protettivo e munendolo di agguerriti strumenti di conquista.

Leggiamo ora la definizione di Soto: «Dominium ... est propria cuiusque facultas et ius in rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocumque usu lege permisso». Ger-

---

(219) DOMENICO SOTO, *loc. ult. cit.*

(220) Respingendo come generico il termine 'potestas', Soto puntualizza il suo discorso con un esempio chiarificatore: «potestas genus est plura comprehendens quam facultas. Potest quippe tyrannus abuti civium bonis, non tamen habet facultatem, id est facilitatem, quia id sine licentia et facultate domini aut iusta intercedente causa non potest» (*ibidem*).

(221) Dirà, nel solco di Soto, Gregorio di Valencia: «intelligitur tam late patere dominium quam patet facultas» (GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 995).

son aveva aggiunto: «facultas propinqua assumendi res alias», ma Soto respinge come pleonastica la precisazione; proprio perché non è una mera possibilità del soggetto, la *facultas* — pur essendo una dimensione a lui interna — ha, come sopra dicevamo, una capacità di immediata incidenza nel mondo esterno; pur perfetta in sé come fenomeno intrasubbiettivo, è ordinata a costruire il *proprium* anche grazie alle *res externae* ed ha esclusivamente nella volontà che la percorre la forza per operare la costruzione.

Soto puntualizza però: «facultas propria», per esaltarne l'indipendenza e separarla rigorosamente dall'usufrutto, dall'uso e da tutte quelle posizioni sulla cosa nelle quali si concretano situazioni possessive (222); e aggiunge: «ad proprium utentis commodum» segnalando che la proprietà è chiamata esclusivamente a soddisfare esigenze proprie del singolo a livello di persona o di individuo; e aggiunge ancora: «quocumque usu» per indicare che l'area essenziale della proprietà non è già quella dell'*usus*, ma della libertà e della scelta fra gli *usus*.

La definizione sotiana ha un valore esemplare: con qualche aggiustamento formale, la vediamo ripetuta da tutti i Maestri del momento umanistico, da Martino Ledesma (223) ad Aragon (224), da Salon (225) a Bañez (226) a Gregorio di Valencia (227). Anche in

---

(222) «Addiderim autem 'propria', ut dominium distinguatur a mera possessione, usu et usufructu. Etenim qui tantum habet usum aut usum fructum, non habet propriam facultatem sed dependenter a vero domino»(*loc. ult. cit.*).

(223) MARTINO LEDESMA, *Secunda [pars] 4. [Sententiarum]*, Conimbricae, 1560, quaest. XVIII, art. I, dub. I.

(224) «Ex dictis possumus colligere veram dominii diffinitionem dicentes dominium esse facultatem propriam utendi re in omnes usus lege permissos, referendo et ordinando eandem rem in propriam utilitatem et commodum» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83).

(225) «Propria et accommodata definitio dominii est: ius seu facultas propria, libera et voluntaria utendi rebus sibi subiectis ad propriam utilitatem in omnes usus iure sibi permissos» (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 1, concl. IIII, p. 107.

(226) «Dominium est facultas propria utendi re in omnes usus lege permissos ... referendum rem ipsam in proprium commodum» (BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73).

(227) «dominium est facultas quam quis habet usurpandi rem independenter ex

questo essi vollero, dietro il grande domenicano di Segovia, affermare la propria sostanziale fedeltà al volontarismo parigino.

XIII. Non sappiamo — né ci interessa — se Ludovico Molina fu il primo a rifarsi invece alla tradizione giuridica ed alla definizione generalmente accettata dai giuristi; certo è che v'è in lui una scelta precisa in proposito e che si tratta d'una scelta condizionatrice nel divenire della Seconda Scolastica, dal momento che a lui rinvierà il coro dei Maestri successivi (228).

Messo di fronte alla definizione gersoniana riveduta e corretta da Soto e a quella di Bartolo diventata *opinio communis*, e seguita dalla stessa giurisprudenza nazionale spagnola del Cinquecento (229), Molina opta per quest'ultima con una motivazione affatto soggettiva e pertanto insoddisfacente. Ai suoi occhi «compendiosior sane et forte cautior est definitio Bartoli» (230).

Cautior: l'interprete potrebbe sbizzarrirsi a piacere nell'identificazione di un contenuto. Verosimilmente, la maggior cautela che Molina vi riconosce sta nell'essere la definizione del giurista filosoficamente più anonima, forse più generica, ma, nel tempo stesso, più aperta e disponibile, priva com'è d'un contrassegno tanto impegna-

---

alterius voluntate, in suumque commodum, quolibet usu lege permisso (GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 994).

(228) Per esempio, Paolo Laymann (1574-1625), che, nella sua celebrata e fortunata *Theologia moralis* pubblicata a Monaco nel 1625, ha in Molina la sua fonte prevalente (PAOLO LAYMANN, *Theologiae moralis ... tomi*, Venetiis, 1662, lib. III, sect. V, Tract. I, cap. V, n. 2). È doveroso però registrare anche perplessità o valutazioni negative: perplessità dimostra il De Lugo, che opera un tentativo di composizione fra la definizione di Bartolo e di Soto affermando che quelle «definitiones retinendae sunt, quae si bene explicentur, continent essentiam pleni dominii» (DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sect. I, n. 3). La definizione di Bartolo è giudicata invece troppo superficiale e insoddisfacente da Lessio, giacché «haec definitio non explicat hoc ius esse in re fundatum, quod tamen ad rationem dominii est necessarium» (LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. 3, dub. II, n. 10).

(229) «Hanc definitionem amplectuntur communiter iurisperiti, quos Antonius Gomez, ad l. 45. Tauri, nu. 5 refert ac sequitur» (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34).

(230) «Haec autem Bartoli definitio multo magis probatur quam illa alia, quam trdit Sotus ... Licet enim idem sit utriusque sensus, compendiosior sane et forte cautior est Bartoli definitio» (MOLINA, *ibidem*).

tivo come la derivazione gersoniana: si pensi alla idea del *dominium* come realizzatore del *proprium commodum*, che ha un senso nella costruzione volontaristica e individualistica di Soto, ma che, come abbiam visto (231), rende perplesso Molina costruttore d'una teoria della proprietà percorsa anche da venature realistiche.

È questo affiorare di realismo che spinge Molina alla lettura ed alla utilizzazione dei giuristi, ma non è tanto consapevole da costringerlo a una revisione organica, non diventa una scelta di fondo in senso opposto alla teologia di marca umanistica. Assumiamo ad esempio il problema definitorio che ora ci interessa: la sua opzione per Bartolo è, come abbiam visto, relativamente motivata; poco prima, Molina aveva confessato che esprimeva la sua preferenza «licet idem sit utriusque sensus». In altre prole, egli non smentisce la sua appartentenza ad una Seconda Scolastica unitariamente intesa, ma si limita ad avviare un discorso più complesso anche sul piano delle fonti.

La sua definizione di *dominium* è formalmente quella tecnico-giuridica formulata da Bartolo in un famoso commento alla l. *Si quis vi* del titolo 'de acquirenda possessione' del Digesto: «ius perfecte disponendi de re corporali nisi lege prohibeatur» (232).

L'interessante per noi è vedere fin dove il dato formale riesce a condizionare le conclusioni del teologo: l'orientamento è di assolutizzare il contenuto della definizione. Nel contesto bartoliano il 'perfecte disponere' — terminologia di per sé ambivalente — riceveva un'interpretazione autentica da tutto il discorso del giurista, che proseguiva postulando l'esistenza di «plura dominia»; il senso originario di 'perfecte disponere', così come Bartolo l'aveva pensato, non poteva dunque che far riferimento ad un'autonomia di poteri più che ad una latitudine assoluta di essi. In questa ricostruzione (233), lo 'ius perfecte disponendi' si armonizzava e si giustificava con l'ammessa pluralità di dominii e con

(231) Cfr., più sopra, p. 322 ss.

(232) BARTOLO, *In primam ff. Novi partem*, Venetiis, 1585, *ad l. Si quis vi § Differentia, ff. de acquirenda possessione* (D. 41, 2, 17, 1), n. 4.

(233) Da noi proposta in: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 153 ss.

tutto il processo — proprio della dottrina medievale — di relativizzazione della nozione di proprietà.

L'interpretazione di Molina rappresenta invece la recezione della forma definitoria da parte di un uomo nuovo del Cinquecento, o, se vogliamo, la traduzione in termini rinnovati della definizione medievale (234). Egli infatti scinderà il tutto organico così come il giureconsulto marchigiano l'aveva pensato e proposto, intenderà il 'perfecte disponere' quale contenuto del solo *dominium plenum* e ne escluderà il dominio utile che Bartolo aveva inteso ricomprendervi (235); lo intenderà, per giunta, in modo assolutizzante, e con lui molti dei tardi Maestri gesuiti (236). In taluni di questi si arriva alla circostanza paradossale di accettare la definizione bartoliana, spiegandola e sviluppandola con una terminologia e un istrumentario concettuale rigorosamente sotiani (237). V'è però una eccezione che è doveroso segnalare: quella di Suarez, che, in perfetta coerenza con la sua accettazione dello smembramento del dominio, ci offre una variazione della definizione di Bartolo, echeggiante le più mature riflessioni della *jurisprudentia* medievale e armonica con la sistemazione da lui stesso proposta (238).

---

(234) Vale la pena di ricordare che interpretazioni assolutizzanti si contano già in alcuni tardi commentatori, come nel giureconsulto quattrocentesco, Francesco Accolti, l'Aretino (cfr. *loc. ult. cit.*, p. 156).

(235) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 41 in princ.

(236) «utendo sive abutendo» (ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1); «terendo et rumpendo, vendendo, commutando, mutuo aut commodato dando, locando, dando in custodiam vel in pignus et aliis quibuscumque modis utendo» (PIETRO DI OÑATE, *De contractibus tomi tres*, t. I: *De contractibus in genere*, Romae, 1646, Tract. III, disp. IX, sect. II, n. 216, p. 297).

(237) CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3, p. 44. Ma si veda soprattutto PIETRO DI OÑATE, *De contractibus, tomi tres*, t. I: *De contractibus in genere*, disp. IX, sect. II, n. 216: «dicitur autem [perfecte disponendi], quia est facultas disponendi in omnem usum».

(238) Ecco la definizione proposta da Suarez: «Dominium ... est principale ius disponendi de re aliqua in quemcumque usum lege non prohibitum» (SUAREZ, *Opus de religione. Pars secunda: De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 4, p. 562). Fin nella definizione formale appare una netta relativizzazione della nozione di proprietà, in un senso vicino a quello della cultura giuridica medievale. La definizione di Suarez ricorda

Resta da dare una risposta al quesito di fondo: al di là della scelta formale e della simpatetica adesione che la sorregge, posto che sono numerosi e sostanziali i riallacci con tutto il materiale elaborato da Domenico Soto e dai seguaci, quali variazioni il dettato di Bartolo, più di quello di Soto, consente ai maestri gesuiti? Un punto mi sembra particolarmente rilevante: ed è il tentativo di superamento d'una posizione esclusivamente individualistica. Se i teologi del momento umanistico insistono sul 'proprium commodum' quale fine della proprietà, Molina e i suoi seguaci non vogliono chiudere completamente la proprietà in un bozzolo utilitaristico, né vogliono precludergli una funzione dispensatrice quale aveva nel sistema di Tommaso (239). In ordine a questo scopo la definizione bartoliana risulta più aperta, e Molina può tranquillamente assegnare al *perfecte disponere* un contenuto «sive in proprium sive in alienum commodum» (240).

Sotto altro profilo, l'adozione della *definitio Bartoli* da parte dei teologi si rivela occasione preziosa per il divenire e l'evoluzione della moderna dommatica giuridica. A chiare note, il giureconsulto vi insegna essere solo la *res corporalis* un possibile oggetto di dominio; insegnamento ingiustificato per il teologo che ha presenti le coraggiose conquiste del diritto canonico (241) e che, soprattutto, ha concepito e costruito come proprietà una gamma rilevante di situazioni in cui oggetto è una *res incorporalis*, prima fra tutte il *dominium suorum actuum* (242). La precisazione di Bartolo provoca l'esplicito

---

da vicino un celebre passo di Baldo, il commento alla Auth. Hoc ius porrectum, C. de sacrosanctis ecclesiis, da noi commentato in: *Le situazioni reali*, cit., p. 162 ss.

(239) *Summa Theolog.*, IIa, IIae, q. LXVI, art. 2.

(240) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34. Dietro Molina, cfr. CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44); ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1.

(241) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35.

(242) MOLINA, *loc. ult. cit.*, Davvero illuminante è questo passo di Pietro di Oñate: «Dicitur etiam de re corporali, quia Bartolus et aliqui juristae putant de re spirituali non posse dari dominium, sed quasi dominium, sicut non potest dari possessio sed quasi possessio. In quo mihi displicet definitio et opinio Bartoli, quia non minus datur dominium beneficiorum et aliorum jurium quam domus vel equi; nec minus est homo dominus actuum suorum liberorum quam aliorum omnium, immo per illos formaliter est dominus caeterorum (ut Theologi docent) quare sicut sunt primae radices libertatis, ita sunt primae radices dominii, quod in facultate libere disponendi consistit» (PIETRO DI

rifiuto dei teologi e li sollecita ad enunciazioni che ci paiono d'un estremo interesse per la 'Dogmengeschichte' del moderno diritto privato. L'apporto di quell'operatore più libero e spregiudicato che è il teologo è determinante, qui come in altri casi, per scrollarsi di dosso pesanti ipoteche materialistiche della tradizione giuridica occidentale.

XIV. Questa che abbiamo delineato ci sembra essere la teorica della proprietà accuratissimamente elaborata dai Maestri della Seconda Scolastica.

Quel che — da un punto di vista sistematico — resta ancora da segnalare (ed è singolare e tipico delle loro trattazioni) è che questa teorica ha uno spazio ben determinato nel loro sistema privatistico.

Se guardiamo all'assetto organizzativo dei trattati «de justitia et jure», possiamo infatti constatare che l'indagine — sia che segua pedissequamente la 'Summa' di Tommaso e prenda la forma di un commento alla *quaestio LXII* della *Secunda Secundae*, sia che abbia una sua struttura autonoma — viene *in limine* a dilatarsi e a svilupparsi in una vera e propria teoria generale della proprietà: una sorta — si direbbe, operando un accostamento a esperienze culturali a noi più prossime — di 'allgemeiner Teil', nel quale sono fissati i fondamenti primi, le ragioni, le articolazioni essenziali del fenomeno *dominium*. È la zona che i nostri Maestri chiamano del 'dominium in genere' o anche del 'dominium in commune'. Segno che il discorso giuridico discende da determinazioni che precedono il piano della *scientia juris* come diagnosi conoscitiva della realtà sociale e che il momento squisitamente tecnico deve essere superato rivelandosi inadeguato a cogliere l'ossatura d'un sistema giuridico che ha le sue certezze non nella obbiettiva lettura del mondo storico, bensì in scelte precedenti a livello filosofico o anche soltanto ideologico.

Così è per la Seconda Scolastica, nella quale tutta la strutturazione, anche tecnica, dei diritti reali risente di certe scelte prime che hanno condizionato e condizionano il lavorìo successivo e dalle quali questo dipende come la fonte prevalente.

OÑATE, *De contractibus, tomi tres*, t. I: *De contractibus in genere*, disp. IX, sect. II, n. 217). Cfr. anche SUAREZ, *Opus de religione. Pars secunda: De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 4.

Quel che ci preme qui segnalare — a parte la singolarità in sé di questo approccio con la materia delle cose — è che il discorso sul 'dominium in genere', anche se presuppone convinzioni teologico-filosofiche, non è un'escursione al di là dei confini del diritto, né una diversione metagiuridica che consenta ai dottori uno sfoggio della loro cultura letteraria e filosofica. È piuttosto una filosofia che si definisce ormai in termini di dottrina giuridica e si sostanzia in una robusta teoria generale tendente a sorprendere la costituzione essenziale del rapporto uomo-cose come relazione giuridica, anzi come momento portante di una visione giuridica del mondo.

Ascoltiamo una voce significativa, che è estensibile a tutta la coralità dottrinale, quella dell'impegnatissimo Pietro d'Aragon; egli inizia il suo itinerario (che è formalmente un commento alla *quaestio LXII*) con la 'materia de dominio', un ampio esame di ciò che abbiamo più sopra chiamato 'dominium in genere'. L'itinerario si snoda nelle seguenti tappe: «primum est quid sit dominium; secundum de subiecto dominii, quis scilicet habeat dominium; tertium, de obiecto dominii, idest quae res possint cadere sub dominio ...; quartum de distinctione dominii, quando scilicet incepit dominiorum distinctio; quintum de modo transferendi dominia» (243). Che cosa sia l'istituto giuridico proprietà è delineato e circoscritto nei primi tre punti segnati da Aragon. È in essi che si dà volto a ciò che per il Maestro agostiniano è il *dominium* come archetipo di tutti i *dominia* storicamente realizzati, o, se vogliamo, alla nozione di proprietà nei suoi elementi costitutivi. I caratteri individuati e scrupolosamente elencati parlando del 'dominium in genere' saranno destinati a colorire ogni proprietà concreta, a proporci ogni proprietà come manifestazione di quello.

L'interesse teorico, ricostruttivo, di Aragon e di tutti i dottori della Seconda Scolastica si esaurisce in questa teoria generale (244),

---

(243) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, Materia de dominio, p. 82.

(244) Con una articolazione sistematica che varia poco, almeno per quanto concerne la valutazione e risoluzione del punto in esame, da autore ad autore. DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, Prooemium: «quinque ergo convenit de rerum dominio disputare quaestiones. Primam, de re ipsa deque eius subiecto. Secundam, de eius obiecto nempe quotuplex sit et quarum rerum. Tertiam, de dominiorum divisione ac legitima translatione. Quibus subinde de singularibus quorundam dominiis quarta

nella quale si fissa il calco entro cui immettere ogni situazione che lo permetta. Il problema della 'divisio rerum', quello che per Aragon costituisce il quarto punto, si innesta dopo un discorso sulla proprietà già conchiuso e definito. Con esso, il discorso, prima rigorosamente teoretico del teologo-giurista, diventa quasi storico, e non è più questione di *dominium* ma di *dominia*. L'oggetto concerne non più un *quid* ma un *quando*: «quando scilicet incepit dominiorum distinctio».

Ci si domanderà il perché di questa fin troppo ovvia precisazione. Rispondiamo che essa ha un senso a fronte d'un eccessivo

---

adhibetur disputatio. Ac demun quinta de dominiorum translationibus. SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, Prooemium: «Continebit autem haec disputatio quinque potissime capita seu quaestiones. Prima erit de essentia et natura dominii. Secunda, de subiecto, idest quis sit capax dominii. Tertia, de obiecto dominii, idest quae res dominio hominum possint subiacere. Quarta, de divisione dominiorum et rerum, fueritne licita et quando inceperit. Quinta, de translatione dominiorum, qua ratione dominia rerum valeant tuta conscientia ab uno in alium transferri ...»; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, Praeambulum de dominio: «Quinque quaestiones principales sunt hic a nobis disserendae. Quaestio prima, quidnam sit dominium; secunda quaestio seu disputatio de dominio continet duas partes. In prima dicemus quotuplex sit dominium. In secunda vero dicetur quaenam sit materia dominii. Quaestio tertia, de rerum divisione. Quaestio quarta, de peculiari quorundam dominio: Disputatio quinta, de translatione dominiorum. MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, Prooem.: «Primo autem loco de jure et dominio rerum in genere nec non de partibus quibus dominium quasi integratur ac perficitur, tanquam de fundamentis, quae jacienda sunt, disseremus» (Molina propone concretamente questa sistemazione così concatenata: «Dominium quid et quotuplex sit; de titulo juris et dominii; de usu et habitatione; utrum minores fratres dominium aliquod rerum habeant an solum usum; de usufructu, quot modis ususfructus constituatur; quot modis ususfructus finiatur; de emphyteusi, feudo, libello superficiarioque contractu; quid et quotuplex sit servitus; quid et quotuplex sit possessio; de actibus veris et fictis quibus possessio comparatur; servitutum et jurium incorporalium possessio quomodo comparetur; de amissione possessionis; de emolumentis possessionis; possessionis definitio in sensu formali; utrum solae res libero arbitrio pollentes dominii sint capaces; utrum existens extra charitatem dominii sit capax; an licite et quo iure dominia rerum fuerint divisa». Sistemazione che ci pare eloquentissima ai fini della nostra conclusione); LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. III: «Quid sit dominium in genere et quaenam eius species; cap. IV: quibus et in quae dominium competat; cap. V: de modo acquirendi dominii in res, quae vel nullius vel communes sunt», in cui la *dubitatio prima* è «Quomodo facta sit prima rerum divisio seu distinctio dominiorum». E basti questa come esemplificazione di una intelaiatura discorsiva che è generale.

interesse e d'una indubbia sopravvalutazione ai quali è stato sottoposto dalla prevalente storiografia il momento della «divisio rerum» (245), e consequenzialmente il sottostante problema logoro e sfocato della riconduzione della proprietà divisa delle *res externae* al diritto divino positivo, al diritto naturale, al diritto delle genti o a quello umano positivo.

Diciamo logoro e sfocato non solo perché se ne è parlato troppo e troppo spesso in forma apologetica, ma anche perché ha fuorviato gli indagatori dalle grandi enunciazioni teoretiche della Seconda Scolastica a proposito della proprietà. Per la Seconda Scolastica infatti, al di là della riconduzione della *divisio rerum* allo *jus naturale* o allo *jus gentium* (essa è concordemente (246) per quest'ultima soluzione), v'è un principio primo di cui è profondamente convinta: che la proprietà costituisce una dimensione stessa della natura umana e che pertanto si qualifica rispetto all'uomo di una sua intima naturalità (247). L'idea del *proprium* è da Dio stesso infusa nell'animo umano (248), e il suo *dominium* è messo strettamente in connessione con la sua qualità di figlio di Dio.

---

(245) Ne è un esempio L. LOMBARDI, *La fondazione del diritto di proprietà privata nella Seconda Scolastica*, Roma, 1958, o i saggi specifici, su Molina, di J. KLEINHAPPL, *Die Eigentumslehre Ludwig Molinas*, in *Zeitschrift für katholische Theologie*, LVI (1932), e, su Suarez, di A. FERREIRO LOPEZ, *La naturaleza de la propiedad privada en las doctrinas de Suarez*, in *Pensamiento*, IV (1948).

(246) Un'opinione singolare è invece quella di GIOVANNI DI MEDINA, *De poenitentia, restitutione et contractibus*, Ingolstadii, 1581, t. II, p. 6.

(247) La comunione dei beni non incarna un precetto positivo di diritto naturale, ma può dirsi solo negativamente di diritto naturale: «quantum ad dominium, ius naturae numquam praecepto inhibuit rerum divisionem...., sed eo sensu negativo dicitur communis possessio de jure naturae, quod nunquam lex naturalis eandem praecepit divisionem ...» (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. III, f. 85v). È questa una conclusione generale sulla quale non mette conto di indugiare. Come non mette conto di indugiare sulla generalmente affermata origine della proprietà divisa delle cose dallo *ius gentium*. Posta nello *ius gentium* l'origine della *divisio rerum*, si può tranquillamente insegnare: «hoc enim interest inter ius gentium et civile, quod illa, quae jure gentium statuuntur nec indigent principe nec ullo rei publicae conventu, sed ratio naturalis ea homines docet, quare ex condicto poterant filii Adam ac deinceps nepotes et pronepotes fundos et agros occupare et peculium augere ipsa docente ratione» (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 100).

(248) «homines suapte natura et jure coeperunt esse domini suarum actionum, ut illa libertate creatori servirent. Quo fit ut aliqua dominiorum divisio iure naturali facta

L'idea del *proprium* non è intrinsecamente legata al peccato; il *dominium sui*, il *dominium suorum actuum*, il dominio dei propri beni spirituali — che sono tecnicamente delle proprietà — affermano l'idea del *proprium* anche nello stato d'innocenza dell'uomo ([249]). Non solo, ma i nostri Maestri sono pronti nell'ammettere che questa intrinseca naturalità possa aver provocato addirittura 'ante peccatum', in un momento di osservata comunione dei beni, delle divisioni di cose, trattandosi di uno strumento funzionalissimo ([250]). Infatti, anche nel suo aspetto di *dominium rerum*, la proprietà non smentisce mai la sua consonanza con la *naturalis ratio*, con la sua sostanza di strumento provvidenziale, congeniale all'uomo e tipico di lui.

L'uomo è 'natura sua' *dominus*; 'natura sua' egli sarà sempre vocato alle varie forme di dominio (di sé, dei propri beni spirituali, delle cose esterne), diverse per quanto attiene all'oggetto, ma non diverse per quanto concerne la loro costituzione essenziale che è unica ed unitaria e che trova il suo modello unico nel 'dominium in genere'.

La diversità dell'oggetto incide su un altro piano: mentre il *dominium sui* e quello *suorum actuum* sono di diritto divino, nel senso che è Dio stesso che li vuole come imprescindibile patrimonio di ognuno, il *dominium rerum*, che è coerente al diritto naturale e pertanto necessario soprattutto nello stato di 'natura lapsa', non incarna però un precetto positivo di diritto naturale. Lo postula il *communis omnium consensus*, matrice degli istituti *juris gentium*, non già una statuizione inderogabile della Divinità ([251]).

---

fuerit, nempe haec actionum et quod homo habet proprii honoris et famae. Haud enim iure gentium, sed naturali factum est cuique proprium» (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. III? f. 85r). Posizione ripresa poi da SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. IV, art. II, concl. I, p. 137.

([249]) Si veda il testo di Soto citato alla nota precedente.

([250]) Basti citare questo testo di Molina (*De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 20, col. 100): «quo fit, ut iure naturali non sit illis [hominibus] prohibita rerum divisio, sed permissa. Quod arbitror verum esse non solum in statu naturae lapsae, sed etiam in statu naturae integrae. Potuissent namque homines in illo statu de communi consensu dividere inter se et appropriare absque cuiusquam iniuria res omnibus a Deo concessas, non secus ac in statu naturae lapsae iustissimis de causis effectum est».

([251]) Una interessante distinzione fra gli *obiecta dominii* con acute riflessioni sul

Anzi, nel momento stesso in cui si proclama la *utilitas* e la *necessitas* della proprietà privata delle *res externae*, si ammette anche che se ne possa prescindere per motivi di perfezione evangelica (252), com'è nel caso di certe comunità religiose, o per scelte politico-sociali (e si fa coraggiosamente l'esempio delle comunità anabattistiche della Moravia) (253).

È necessaria — insegnerà con un certo imbarazzo Lessius —, ma la «naturalis ratio non dictat id esse omnino necessarium» (254).

L'imbarazzo che si può cogliere nel grande Maestro fiammingo è forse generalizzabile; e discende dalla ambivalenza culturale dei teologi della Seconda Scolastica.

La loro teorica della proprietà, quella nella quale si riconoscono, è tutta nel *dominium in genere*; una teorica ontologizzante e perciò assolutizzante, all'interno della quale circola la consapevolezza sentita delle fondazioni antropologiche della proprietà, di ogni proprietà, di ogni 'mio' nel 'me'.

Da qui, la costruzione di una proprietà-tipo, di un modello fatto di elementi che caratterizzeranno sempre e dovunque tutte le proprietà della storia umana. E qui è la traduzione fedele della loro vocazione volontaristica ed umanistica.

Accanto, un problema diverso: la *divisio rerum*, sul quale essi trovano una non equivoca conclusione tomista, che lega loro le mani, che non è distorcibile né smentibile; conclusione tendente a relativizzare o, se vogliamo, storicizzare il problema. Ed essi, con

---

diverso grado di connessione fra soggetto e oggetti diversi si ha in DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disput. III, sect. I, n. 5 e 6.

(252) Sempre a proposito della affermata naturalità del dominio come strumento congenialissimo all'uomo, più concretamente congeniale di una povertà che è in astratto stato di evangelica perfezione, si lega questa penetrante riflessione di ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 99: «advertendum est primo posse esse aliqua meliora aliis simpliciter et absolute, quae tamen, comparata ad particularia subiecta, sunt deteriora, ut volare vel esse incorporeum absolute meliora sunt quam non volare vel esse corporeum, tamen respectu hominis sunt deteriora».

(253) È LESSIUS (*De justitia et jure*, lib. 2, cap. 5, dub. III, n. 11) che insegna «concedi posse illam [rerum divisionem] hac ratione esse iuris naturae, quamvis alio modo negetur esse iuris naturae. Naturalis ration non dictat id esse omnino necessarium; posset enim in singulis communitatibus institui politia, secundum quam pene omnia manerent communia, ut fit apud Anabaptistas in Moravia».

(254) LESSIUS, *loc. ult. cit.*.

opportune variazioni, la accolgono, portando innanzi un'altra operazione culturale: espungono il problema della *divisio rerum* dalla teoria della proprietà. Mentre questa è soprattutto capacità, è forza interna al soggetto, quella attiene alle *res*, a questa o a quella *res*, alla proiezione del soggetto nella realtà esterna; attiene insomma alla storia, alle manifestazioni episodiche della 'mia' titolarità. E non è senza significato che, di rado, si dica «divisio dominiorum», ma più spesso si dica «divisio rerum», quasi a marcare il salto di piani fra i due problemi: che *questa* cosa sia mia oppure no può essere pure affidato al comune consenso di tutta la comunità. Però, nel momento in cui si afferma che è mia, il mio lo si costruità con i caratteri messi a punto per il 'dominium in genere'.

Più sopra, parlando dei rapporti tra titolarità ed esercizio del diritto di proprietà, abbiamo avanzato l'ipotesi che, con il completo affidamento dell'esercizio alla determinazione della comunità storica, la Seconda Scolastica abbia operato un recupero del sociale, nel quadro di una teorica individualisticamente orientata. Può riproporsi una simile ipotesi interpretativa per la dialettica *dominium in genere — divisio rerum* ? Funge forse la *divisio rerum*, affidata allo *jus gentium*, da mortificazione del modello di proprietà prima costruito? È forse questo un modo per lasciare intatto il modello assolutizzato, relativizzandolo a un diverso piano, cioè quello delle sue concretizzazioni storiche?

In questa sede, il problema non c'interessa che da lontano, e non tenteremo neppure di dare una risposta a queste domande. Ripeteremo soltanto, ancora una volta, che l'incontro fra suggestioni volontaristiche e proposizioni tomiste è per la Seconda Scolastica non una mera avventura intellettuale, ma una sorta di coscienza duplice con la sua pluralità di istanze incombenti e con le sue croci.

XV. Si tranquillizzi il lettore; non tentiamo neppure un bilancio del lungo e complesso percorso compiuto, lasciando a lui l'onere di compilarlo. Vogliam qui soltanto segnare alcune, fra le indicazioni emerse, che ci paiono maggiormente rilevanti in ordine alla storia della costruzione giuridica dei diritti reali (255).

---

(255) Sarebbe ora prezioso operare la verifica di questa incidenza, nella particolare materia dei diritti reali, sull'itinerario del giusnaturalismo transpirenaico sei-settecente-

Innanzi tutto, un dato liminale: ed è il trapasso di piano cui viene sottoposta la materia della proprietà e, più generalmente, di ogni rapporto uomo-cosa. Ogni rapporto dell'uomo con la cosa lascia la sua modestissima dimensione di aspetto settoriale — uno dei tanti — nell'ambito delle manifestazioni del soggetto, per assurgere a una funzione interpretativa dell'uomo come fatto globale; segno che v'è negli operatori culturali coscienza vivissima che il rapporto con la cosa è angolo visuale particolarmente prezioso per cogliere la stessa costituzione naturale, anche se non essenziale, del soggetto.

Come si segnalava all'inizio, il discorso sulla proprietà, prima ancora di proporsi come economico-giuridico, è puramente e semplicemente antropologico. La Seconda Scolastica, diffondendosi con inusitata dovizia di cure nella delineazione della figura del proprietario, fissa — in realtà — quasi la sua teorica dell'uomo ideale, con una attenzione e, insieme, un compiacimento che richiamano alla mente le innamorate trattazioni del Principe da parte dei politologi del momento umanistico e postumanistico: uguali espressioni di tendenze soggettivistiche tendenti a tradursi nella creazione di modelli dell'agire individuale sia a livello pubblico che a quello privato.

Di quest'uomo modello la proprietà costituisce la posizione dinamica e qualificante, quasi una sorta di capacità qualificata, qualificatissima capacità d'agire, che rappresenta la sintesi delle sue potenzialità positive in una potestà operativa destinata a proiettarsi su degli oggetti e incidervi sopra il marchio indelebile del soggetto, vincolandoli indissolubilmente alla sua vita e vitalità.

È quanto i Maestri della Seconda Scolastica rendono con il felicissimo termine latino di 'facultas', e che sarebbe sminuito e distorto se lo identificassimo con la vaga ed opaca traduzione italiana. *Facultas* infatti, come abbiam già visto, non denota una facoltà, una posizione gravitante nell'area della semplice liceità (256),

---

sco. All'incirca come, per le dottrine pubblicistiche e internazionalistiche, si avviarono le suggestive ricerche del compianto Reibstein (cfr. soprattutto E. REIBSTEIN, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955, soprattuto capp. 2 e 3).

(256) Anche per il termine e la nozione nostri di 'facoltà' una simile considera-

ma ha in sé venature potestative che sono tipizzanti della sua struttura di situazione soggettiva. Venature potestative che tanto più si accentuano quanto più ci si rifiuta di precisare i contenuti della proprietà, facendo anzi di essa quasi una sorta di vaso vuoto riempibile a piacere dal proprietario. Se si aggiungesse poi che questa proprietà può identificarsi in una zona d'inerzia più che di azione; se si dicesse che essa rispecchia, tra i possibili tipi di *homo oeconomicus*, più il capitalista che l'imprenditore dinamico *faber suae fortunae*, in scarsa consonanza con la dinamica sempre più accentuata delle strutture economiche d'una società precapitalistica; non sarebbe fuori di luogo ricordare che un simile atteggiamento è proprio di ogni visione individualistica dell'ordinamento. Basti pensare alle scarne regole sulla proprietà che, di lì a qualche secolo, sarebbero state espresse nelle Carte dei diritti e nelle prime Codificazioni, forse più affermazioni di principio che vero sistema di norme, con al di sotto l'idea base di un rinvio generale alla *voluntas domini*, quasi si parlasse più della *capacità* del proprietario che di un istituto regolatore della realtà economica come realtà obbiettiva.

Per questo abbiamo parlato più sopra di capacità qualificata, con un termine insoddisfacente e, per giunta, forzato nel suo significato tecnico, ma usato di proposito come quello che consente di raccogliere le motivazioni ora accennate, operando un aggancio facile e immediato con determinate scelte che saranno operate da taluni filoni della dommatica civilistica moderna (257).

Ma v'è di più: 'capacità' contrassegna egregiamente una posizione del soggetto, che è soprattutto posizione di autosufficienza; coglie il soggetto col suo carico di vitalità ma in assoluta solitudine, ponendo in disparte e nell'ombra l'aspetto della proprietà come rapporto, e sottolineandone invece quello di potestà autonoma e autarchica (258).

---

zione appare generica e parziale, e andrebbe vista alla luce delle notazioni critiche di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, ora in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956, p. 228 ss.

(257) Si vedano le indicazioni di RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., p. 23.

(258) Con influenze precise che, dal piano teologico-giuridico, investono il terreno specifico dei giureconsulti. Particolarmente eloquente FERNANDO VASQUEZ DE MENCHACA,

I nostri teologi, infatti, se parlano spesso di proprietà come rapporto ('relatio ad'), lo intendono in senso prettamente filosofico, quale riferimento di un ente ad un altro, senza che con ciò si pretenda dare alla qualificazione alcun significato tecnico-giuridico. Essi non sono minimamente sfiorati dalle perplessità e dalle polemiche che hanno fittamente percorso la moderna dottrina dei diritti reali sul problema della identificazione dei soggetti passivi in corrispondenza di un diritto reale (e delle loro specifiche situazioni) (259); e questo, perché vedevano il fenomeno proprietà nascere, maturarsi e risolversi prevalentemente in una zona interna al singolo, né coglievano l'istituto, almeno nei suoi tratti essenziali, nella sua dimensione intersoggettiva.

Per ipotizzare quella 'mia' capacità qualificata e complessa che è la proprietà, non c'è bisogno di pensare al rapporto tra 'me' ed uno, alcuni, tutti i consociati membri dell'ordinamento giuridico generale. La 'mia' proprietà è una realtà che 'io' affermo, in sé perfetta e compiuta, di fronte a tutto l'ordine giuridico, che non è qui capo di un rapporto, ma semplice dato terminativo remoto della mia affermazione, essendo la cosa — la sostanza della cosa — il dato prossimo che consente in me la coagulazione di quel miracoloso trasformarsi del soggetto che è il *dominium* (260).

Una proprietà siffatta emerge con difficoltà alla dimensione del sociale, dell'intersoggettivo. Il proprietario è pensato in assoluta solitudine di fronte alla sua cosa, e la sua posizione si incarna più in un potere sulla cosa che in un rapporto tra soggetti relativo a una

---

Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres, Venetiis, 1564, cap. XVII, n. 2 ss. Su Fernando Vasquez, ottimo lo studio di E. REIBSTEIN, *Die Anfänge des neueren Natur — und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae illustres» des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949; su di lui una recentissima messa a punto biografica in J. L. SANTALÒ R. DE VIGURI, *Don Fernando Vasquez de Menchaca. Nuevos datos para su Biografia*, in *Anuario de la Asociaciòn Francisco de Vitoria*, XVII (1969-70).

Ma si veda anche GREGORIO LOPEZ MADERA, *Animadversionum juris civilis liber singularis*, in *Thesaurus juris romani* ... EVERARDI OTTONIS, T. III, Basileae, 1744, cap. XXVI, nn. 7-8, dove è chiara l'influenza di Soto.

(259) Una attenta analisi è in F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 172 ss.

(260) Interessanti i rilievi fatti, in sede squisitamente teoretica, da D. BARBERO, *Proprietà ed usufrutto (Determinazione del concetto di 'mio')*, in *Giurisprudenza italiana*, XC (1938).

cosa (261). Finché si parla di 'independentia', di 'libitum', di 'commodum', di 'facultas in omnem usum' del proprietario, tutto suona autonomia di lui e nulla ci parla di relazione intersoggettiva.

L'unico punto di emersione d'una dimensone sociale è quando si attribuisce al proprietario una posizione di superiorità, postulando l'implicita soggezione della cosa e degli altri; ma si tratta pur sempre e soltanto d'un affioramento della dimensione anche intersoggettiva assorbito subito per rafforzare il distacco del proprietario dagli altri membri delle comunità. La superiorità infatti, se ha in sé connaturata l'idea del rapporto, ha però in sé parimente connaturata l'idea d'una diseguaglianza nel rapporto, contribuendo a creare un soggetto isolato nel suo privilegio e a soffocare quasi le sue già scarne vocazioni sociali.

La Seconda Scolastica è troppo preoccupata di costruire dal di dentro il diritto di proprietà per impegnarsi nel problema della frizione con l'esterno della monade 'dominium'. Nella edificazione del diritto soggettivo di proprietà è valorizzato soprattutto quello che, richiamandoci a una brillante e serrata polemica di non molti anni fa, potremmo qualificare, come allora si disse, l'aspetto interno della posizione soggettiva (262).

Forse si capiscono ora meglio quei tre punti fermi, già da noi illustrati, dell'analisi teologica: la costruzione della proprietà come titolarità, la separazione concettuale nettissima fra titolarità ed esercizio, lo spostamento di attenzione dall'esercizio alla titolarità sino a far di questa e non di quello il perno dell'istituto.

Ben sappiamo che, tra l'istrumentario concettuale del giurista odierno, la nozione di titolarità non gode di molti consensi ed è anzi stata oggetto di enunciazioni serratamente critiche (263). Ma se ciò ha piena giustificazione per il cultore dell'attuale diritto positivo, che vede nella titolarità uno schema inadeguato a raccogliere e coordi-

---

(261) Preziosa, nella sua chiara e nettissima visione del problema, la riflessione di Santi ROMANO, *Frammenti d'un dizionario giuridico*, Milano, 1953 (rist.), p. 52 ss.

(262) Ci riferiamo al dialogo, notissimo, fra il Balladore Pallieri e il Barbero. Vedine i momenti essenziali in G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus* (1952), e in D. BARBERO, *Guerra e pace fra «l'interno» e «l'esterno» del diritto soggettivo*, ora in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953.

(263) Cfr., di recente, N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Rivista di diritto civile*, XVI (1970), p. 501 ss.

nare una proprietà gremita di istanze variissime e ridotta a fenomeno plastico e polivalente, molto meno lo avrebbe per lo storico che tende a cogliere il senso di un sistema privatistico individualisticamente orientato, dove la proprietà è soprattutto 'appartenenza' e la «titolarità del diritto di proprietà ha in sé tutti gli attributi necessari per individuare il fenomeno» (264).

La scelta per la titolarità, infatti, significa, in sostanza, scelta per la dimensione intrasubbiettiva del *dominium*, né forse può essere altrimenti, giacché si è partiti dalla fissazione del *dominium sui* come proprietà prima, proprietà in tutta la sua pregnanza tecnico-giuridica ma anche situazione di perfetta fusione tra il 'me' ed il 'mio' (265).

La separazione concettuale, poi, fra titolarità ed esercizio, cui la cultura giuridica della Seconda Scolastica può impunemente arrivare in maniera tanto netta quanto consapevole, esalta la sordità di quella cultura a concepire una funzione sociale ed economica come essenziale all'istituto e la sua tendenza a irrigidirlo invece a livello della funzione individuale, cioè per l'individuo. La 'facultas' diventa rapporto solo nel momento in cui essa si proietta nel livello inferiore dell'esercizio; che è il livello tipico del sociale e degli interventi anche pesanti della comunità organizzata e della legge. Ma l'esercizio, come sappiamo, è ai margini della proprietà, è soltanto un'appendice incolore del soggetto.

L'attenzione del teologo-giurista, almeno come appare dalle sue riflessioni sul rapporto uomo-beni, non è né per l'esercizio né per la comunità, ma per questo soggetto vivo e vivace che ha in sé la forza d'incidere nel mondo esterno e che trova nella sua volontà la radice delle sue possibilità espansive; è a lui come operatore singolo che dedica le sue cure. Un singolo, che agisce solitariamente e che è pensato come momento autonomamente creativo di situazioni e

---

(264) La frase è di M. COSTANTINO, *Profili «fondamentali» della proprietà, in Studi senesi*, LXXXIII (1971), p. 383.

(265) Ha ragione l'Irti di affermare (*op. ult. cit.*, p. 517) che «l'idea di titolarità nasce da un processo di duplicazione, che rompe la compatta realtà del contegno e separa chi agisce da ciò che è agito», e ha ragione di coglierne l'equivocità e l'insufficienza operativa nella complessa realtà dell'attuale riflessione giuridica. Per la impostazione individualistica dei nostri Maestri quella duplicazione — o, diremmo noi, separazione — era congeniale e fruttuosa.

rapporti, ma che, come in tutte le teorizzazioni di marca individualitica, è però pensato al centro d'una consonanza generale. Il proprietario, nell'affermazione astratta dei suoi poteri, è còlto quale oggetto della benevolenza della Divinità e della protezione dello Stato. La proprietà è generalmente pensata in intima armonia con la legge divina e positiva umana; diremmo di più: malgrado il conclamato legame fra *divisio rerum* e *ius gentium*, sembra perfino impensabile una non consonanza fra diritto oggettivo e diritto soggettivo di proprietà; anzi, il diritto oggettivo è avvertito come il naturale cuscinetto sociale di quella *potestas juridica*, che è il *dominium*. E diciamo 'avvertito', perché questo atteggiamento si sorprende più tra le righe che in espressioni aperte, più nel filo che sorregge le pagine che in programmi chiaramente enunciati. È — diciamo così — un presupposto che discende implicito dalla reiteratamente affermata naturalità della proprietà.

L'aver sorpreso l'essenza della proprietà in una dimensione intrasubbiettiva non è però una conclusione teorica rilevante di per sé, ma ha conseguenze determinanti su alcuni punti chiave della costruzione giuridica dei diritti reali: innanzi tutto, accentua lo iato — e lo rende quasi incolmabile — fra proprietà e diritti reali limitati, segnalandone la struttura profondamente diversa: da un lato, una posizione soggettiva pura, che ha *ab intrinseco* la sua vitalità; dall'altro, situazioni, la cui natura reca in sé una non eliminabile fattualità e mostra come tratto tipizzante una necessaria mistione fra diritto ed esercizio. È messa in crisi la stessa unitarietà della categoria dei diritti reali così come era stata consolidata dalla giurisprudenza medievale e dalla sistematica cinquecentesca.

Altro punto di indubbio rilievo teorico, su cui la meditazione della Seconda Scolastica reca un importante contributo, concerne, come abbiamo già accennato, l'oggetto della proprietà. Grazie all'aver costruito come delle proprietà il *dominium sui* e il *dominium suorum actuum*, il teologo non può che respingere la limitazione della *jurisprudentia*, che voleva il *dominium* ristretto alle sole *res corporales*. L'oggetto subisce, nell'analisi teologica, una dilatazione notevolissima, e veramente un capitolo della storia dottrinale della proprietà si rinnova e si arricchisce, rendendola disponibile a ricevere gli apporti numerosi che proverranno dalle nuove realtà tecniche e dalla nuova organizzazione economica.

UN PARADISO PER POTHIER

(Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')

1. Inezie metodiche. — 2. Pretese 'virtù' per un immeritato paradiso. — 3. Robert-Joseph Pothier nella nicchia dell'antico regime. — 4. «Domaine de propriété» e dominio diviso. — 5. La struttura della proprietà: un diritto astratto? — 6. La sistemazione di Pothier: una teoria generale della proprietà? — 7. Pothier e il 'moderno' della proprietà.

1. Gli anni che sono alle nostre spalle appaiono significativamente costellati da una fioritura di indagini giuridiche aventi ad oggetto il problema grave dell'appartenenza dei beni e qualificate tutte da una non episodica attenzione verso la dimensione storica del problema. Con l'ulteriore e intensa qualificazione: che questo approccio storico è deliberatamente sottratto alla retorica degli ornamenti stucchevoli e inutili, e altrettanto deliberatamente collocato in stretta funzionalità con la struttura interna del discorso giuridico, momento insostituibile di questo.

Già un simile atteggiamento metodico era perfettamente coglibile nelle robuste ricerche di Gambaro sullo 'ius aedificandi' (1), (che risalgono al '75) e di Salvi sulle immissioni industriali (2) (pubblicate nel '79), mentre negli anni successivi, lavori come quelli di Belfiore (3) di Gliozzi (4) di Scozzafava (5) si caratterizzano in modo singolare come indagini autenticamente storico-giuridiche (6).

---

(1) A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

(2) C. SALVI, *Le immissioni industriali - Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979.

(3) A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.

(4) E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1981.

(5) O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

(6) Diversa ci sembra essere la posizione di A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padova, 1982, presso il quale alla dimensione storica — cui si fa larga parte — si riserba un prevalente carattere di introduzione al diritto vigente.

Segno che la storicità del sapere giuridico è degnità metodica che trova convinzioni sempre più diffuse (7); segno anche, per quanto attiene al tema specifico degli studi ora citati, che l'esigenza di un recupero della proprietà fuori dalla artificiosa galleria statuaria in cui si trovava imbalsamata da giusnaturalismi vecchi e nuovi ha indotto i giuristi a una completa immersione nella storia come estrema cautela dal rischio di rinnovate mitologie.

Chi scrive non può che guardare con soddisfazione a questa fioritura letteraria, perché è testimonianza positiva della consapevolezza più ricca della nostra civilistica ormai insofferente alle angustie esegetiche e tesa a cogliere nelle architetture giuridiche l'espressione d'una società e d'una cultura. Chi scrive, non da ora, ha proposto un comune banco di lavoro che veda affiancati interprete del diritto positivo e storico del diritto, uniti nella comune coscienza della complessità della dimensione giuridica, in costante disponibile colloquio, l'uno e l'altro segnati ciascuno da una vocazione specifica e ferrati ciascuno a uno specifico 'mestiere', ma l'uno e l'altro resi più agguerriti culturalmente da questa reciproca attenzione, più mitridatizzati rispetto ai semplicismi della erudizione puramente archeologica e del tecnicismo metastorico (8). Insomma, con due nemici da

---

(7) Atteggiamento che coinvolge tutte le branche della riflessione giuridica; negli stessi giuspubblicisti, che da sempre, sia per lo stato delle loro fonti, sia per la qualità del loro lavoro, hanno dimostrato sensibilità storica, è percepibile un intensificarsi di tale sensibilità, che si traduce talora nell'esigenza del giurista a ripercorrere da sé, per proprio conto, solitariamente, senza la tutela dello storico, itinerari che lo portano a temporalmente lontane ma incisive radicazioni. Ne è un esempio egregio il volume fresco di stampa di un intelligente e provveduto cultore del diritto amministrativo italiano, Alberto Massera. Il suo libro (*Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo* - 1. *Stato persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1984) è un gesto — quanto mai gradito — di supplenza rispetto alla storiografia giuridica professionale. Sul tema dei beni pubblici e dei diritti collettivi una tangibile dimostrazione del nostro assunto è anche la recente ricerca di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.

(8) Alludiamo alla 'Pagina introduttiva' preposta al primo volume dei 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno' (Milano, Giuffrè, 1972), nella quale si invoca un colloquio più vivo tra 'storici del diritto', 'filosofi del diritto' e cultori del diritto positivo, e si segnano alcune elementari esigenze metodiche, come quelle di cui si fa qui discorso.

cui guardarsi: da un lato, l'isolamento miope; dall'altro, l'improvvisazione incauta.

In questa prospettiva, è senza dubbio positivo che il giurista senta la perenne tentazione di verificare da sé nella storia, senza ingombranti tutele, la regola vigente che ha di fronte, e che lo storico avverta la grande lezione della arricchente comparazione interiore col vigente. In questa prospettiva non può che essere benvenuta una esplorazione del civilista, solitaria, indipendente, nel territorio dello storico. Si deve solo esigere che allo spirito di avventura e alla curiosità intellettuale parimente lodevoli si accompagni una non meno lodevole, anche se non sempre gradevole, cautela: quella di munirsi degli strumenti dello storico che — è verissimo — sono un fardello assai oneroso sulle spalle, come pesano sulle spalle dell'esploratore professionale roncole e ascie, arnesi più gravosi ma più utili del leggero coltello da tasca che non infastidisce ma non serve.

Talora si constata con piacere questa provvedutezza, e lo storico del diritto non può che esser grato della collaborazione e della supplenza; talora non può esimersi dall'esprimere qualche seria perplessità.

È il caso dell'ultima — e più recente — delle opere sopra menzionate, il grosso volume che, nel 1982, lo Scozzafava ha dedicato a «i beni e le forme giuridiche di appartenenza», un volume dominato dalla apprezzabilissima tensione a guardare alle radici di quella realtà in superficie che è la sistemazione attuale — normativa e dottrinale — dei rapporti di appartenenza, ma in cui manca talvolta lo spessore di indagine che solo consente la compiuta storicizzazione dell'oggetto. E quando si parla di spessore si vuol dire soltanto questo: le radicazioni *nel* passato si possono pienamente intendere unicamente se lo sguardo si attarda sulle radicazione *del* passato; se il filo tracciato dallo storico non è separato dalla matassa aggrovigliata da cui il filo prende forma e vita, e che sola si pone come il supremo valore interpretativo di quello. Il segreto dello storico, dello storico autentico, non è soltanto l'amore e l'impossessamento del passato ma anche il rispetto del passato nella coralità del suo messaggio; un segreto che è tutto nell'umiltà dell'indagatore, che sa di doversi confrontare — e fare i conti — con un patrimonio complesso e complicato per attingere il miracolo della comprensione.

Questo confronto — Dio solo sa quanto greve di fatiche e di tormento — è, a nostro avviso, carente nelle pagine di Scozzafava; accanto alla meritoria sensibilità per la dimensione storica — della quale va dato atto con franchezza all'autore, che è professionalmente un cultore del diritto civile positivo — è mancata proprio l'umiltà di chinarsi a intendere quel messaggio, che ben di rado le fonti conclamano a piena voce ma più spesso serbano gelosamente in sé offrendolo a orecchi attenti e pazienti.

È perciò che la linea interpretativa del volume ci sembra fragile sotto il profilo storico-giuridico e che alcuni risultati di fondo suscitano in noi più di una perplessità. In questa sede vogliamo esaminare e discutere non già l'intero volume, in cui sono accatastati tanti (e troppi) temi e problemi, ma uno di questi risultati — il più vistoso, il più fondante per l'impianto di tutta la parte storica — incentrato sulla dottrina della 'propriété' in Pothier (9). Accanto alla indubbia rilevanza storica che ha di per sé, accanto al ruolo cospicuo che gioca nell'economia del volume, il tema delle concezioni proprietarie di Pothier serba due ulteriori motivi per essere isolato e per costituire oggetto di autonoma attenzione: perché lo stesso Scozzafava ha voluto dedicargli, nella sede di un illustre foglio giuridico italiano (10), un saggio indipendente poi trasfuso nel successivo volume e ha voluto in tal modo sottolineare l'importanza che vi adduceva; perché i vizi e i pregi dell'analisi di Scozzafava sono testimoniati specularmente nel suo approccio con l'opera del grande giurista settecentesco. A noi servirà per rendere concrete e specifiche, com'è doveroso, le generiche ragioni di perplessità accennate vagamente più sopra.

2. Per debito di chiarezza verso il lettore non si può non cominciare dalle conclusioni cui perviene Scozzafava e che sono assai nette e precise; anzi, a lui in prima persona è giusto dare la parola: «se con i termini 'diritto moderno', 'proprietà moderna' si

(9) Per una valutazione critica del volume si veda soprattutto l'ampia analisi di A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Rivista critica del diritto privato*, I (1983).

(10) *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, LXXVIII (1980), p. 327 ss.

allude correttamente a strutture giuridiche del tutto nuove quanto al contenuto e alle modalità di concettualizzare ed esprimere quest'ultimo, si può, a buon diritto, affermare che questa nuova fase della cultura giuridica si inizia con Pothier» (11); l'opera di Pothier è perciò da considerarsi «un tentativo di forzare la realtà» (12); egli infatti «evita di teorizzare una proprietà per un assetto socio-economico, che non conosce proprietari, forzando il dato reale nel concetto» (13), «riesce ad evitare il rischio che venga a crearsi uno scarto tra la sua teorizzazione e la realtà, forzando quest'ultima nei concetti» (14); con Pothier «la proprietà assurge a diritto generale ed astratto, completamente affrancato da qualsiasi residuo di carattere naturalistico» (15), «la nozione di proprietà, quale qualificazione generale ed astratta, totalmente autonoma rispetto a quella che può essere detta la sua dimensione fattuale, acquista dignità di autonoma elaborazione» (16); il giurista orleanese, «depurata la nozione di proprietà da ogni riferimento ad elementi di carattere naturalistico e fattuale, la fa assurgere a mera facoltà di disporre a proprio piacimento della cosa» (17); con lui «la proprietà è insomma divenuta un astratto diritto soggettivo, una qualificazione in cui essa ha perso 'ogni significato reale' e ha ripudiato 'la sua storia pregiuridica'» (18). Sono parole franche, al di sotto delle quali non è coglibile l'ombra di una perplessità, la traccia di un dubbio; parole che, soprattutto in quell'ultimo riferimento a Pašukanis (19), ci delineano un Pothier

---

(11) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 219.

(12) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 211.

(13) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 220.

(14) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 223.

(15) SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 330.

(16) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 219. L'espressione «qualificazione generale ed astratta» riferita alla proprietà è costantemente ripetuta (cfr. *ibidem*, p. 222, nonché: *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 332).

(17) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 227. La frase si ritrova anche in: *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 340.

(18) SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 334.

(19) Scozzafava cita infatti E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in STUČKA, PAŠUKANIS, VYŠINSKIJ, STROGOVIČ, *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, p. 168.

assolutamente 'moderno', anzi quasi un futuribile, un anticipatore, quasi un corpo estraneo, rispetto alla società e alla scienza giuridica francesi a metà Settecento. Ci troviamo di fronte ad affermazioni senza dubbio entusiastiche, ma l'entusiasmo, proprio per la carica emozionale che gli è connaturata, rischia di essere spesso un consigliere non affidabile.

L'immagine che di Pothier e della sua teorica della proprietà è consegnata nelle pagine di Scozzafava è infatti, a nostro avviso, una immagine sfuocata e falsata, e pertanto fuorviante. Pothier, lungi dall'esser recuperato storicamente, viene al contrario violentemente proiettato in una sorta di rarefatta metastoria, assunto infondatamente in un paradiso cui le proprie virtù non gli danno titolo. A meno di non costruire su di lui una apologetica; ma è per l'appunto il contrario di un'analisi storiografica.

3. Il paradiso dischiuso a Pothier è una cultura giuridica moderna, intesa come territorio netto e delimitato, di cui egli è la prima figura espressiva; le virtù beatificanti sarebbero soprattutto virtù profetiche, giacché la proprietà teorizzata da Pothier sarebbe pensata per un futuro assetto economico-giuridico della Francia.

Riletta più e più volte la testimonianza del giurista orleanese in tema di proprietà e di diritti reali, a noi verrebbe invece voglia di ribattere che con lui siamo piuttosto in presenza dell'ultimo dei giuristi di antico regime, intendendo per ultimo non quello cronologicamente estremo (ché la palma — se palma è — ad altri toccherebbe) ([20]), bensì colui cui è affidato il compito storico di

([20]) Forse a Pierre-Paul Henrion de Pansey (1742-1829), colui che diventerà uno dei più incisivi processualisti e amministrativisti nonché uno dei magistrati più intelligenti e più preparati dell'età post-rivoluzionaria, ma a cui tocca in sorte di scrivere l'ultima grossa opera di diritto feudale e di pubblicarla, per ironia degli eventi, proprio nell'anno di grazia 1789; ci riferiamo alle sue incompiute ma rilevanti *Dissertations féodales*, Paris, 1789. O, più ancora, forse a François Hervé, giurista bretone, avvocato al parlamento di Rennes, autore di una monumentale *Théorie des matières féodales et censuelles* pubblicata in quattro parti a Parigi fra il 1785 e il 1788, la cui *Théorie des dîmes*, nel suo primo tomo, era già stampata a Parigi presso Knapen, quando nella notte del 4 agosto 1789 l'Assemblea generale abolì le decime.

sistemare e definire il volto complessivo — cioè teorico e pratico — del diritto francese prerivoluzionario (21).

Pothier è l'ultimo dei giuristi *vecchi,* non il primo dei giuristi *nuovi.* Un solido filo conduttore, che corre senza discontinuità e cesure, lo lega alla cospicua consolidazione dottrinale del diritto nazionale francese, ai Dumoulin, ai Le Caron, ai Loisel, agli Choppin, così come alla legione dei commentatori del *droit coutumier* e allo stuolo dei feudisti. Pothier è certamente uno di loro. Egli — osservatore attento, intelligente, sensatissimo, con un gusto concreto per il tessuto vivo del diritto — contempla con acutezza e con oggettività l'estremo tornante di un lungo itinerario storico, sistemandolo e fissandolo in questa svolta suprema con tutto il carico di esasperazioni di cui — dopo più di tre secoli di vita — era singolarmente gremito.

Al fondo di un tormentato imbuto storico il giurista orleanese, provveduto di notevoli mezzi intellettuali, dotato di eccellente cultura anche romanistica, è naturalmente portato a sistemare. La sua operazione culturale non andò tuttavia più in là di una efficace e puntualissima sistemazione. Il costume giuridico dell'antico regime aderisce infatti profondamentale alle sue ossa e trova in lui il proprio corifeo dalla voce straordinariamente nitida.

La fedeltà alle certezze del proprio tempo — in cui è profondamente inserito — sembra essere il contrassegno di questa pur forte personalità. Pothier sente appieno la tradizione della provincia francese, nel cui grembo consuma la sua non breve esistenza (22), e ne respira anche i limiti. Con questa obiettiva fortuna: che il suo orizzonte abituale è costituito dalla città di Orléans, terra di diritto consuetudinario ma in cui circolano, anche in grazia della autorevole e risalente scuola giuridica universitaria, venature influenti di diritto romano; egli è così messo in grado di aver presenti in maniera vivace

---

(21) Contentiamoci, per ora, di questa affermazione generica. Per un contenuto più preciso del c.d. 'diritto francese', cfr. più avanti, p. 396.

(22) Alcuni illuminanti dati biografici essenziali: nasce a Orléans nel 1699, figlio e nipote di magistrati orleanesi; studia nell'illustre Ateneo della città natale; è, assai giovane, consigliere al *Présidial* di Orléans; dal 1749 è professore alla Università orleanese succedendo a Prevôt de la Janès; è membro della *Chambre des domaines* per il ducato di Orléans; è anche scabino di Orléans, dove muore nel 1772.

l'una e l'altra delle dimensioni giuridiche francesi, quella *coutumière* e quella *écrite*, quella nazional-popolare e quella romanistica.

E al giurista a lui contemporaneo si sente in dovere di offrire due strumenti, che debbono essere intesi come due contributi di chiarificazione e di ordinamento, le 'Pandectae' ([23]) e i 'Traités' du droit français' ([24]), le prime un tentativo di recuperare la sapienza classica dalle sottigliezze filologiche ed esegetiche dei Culti per ridurla con interventi disinvolti a sistema completo ed armonico, i secondi per organizzare e ordinare le membra sparse, troppo sparse, del diritto *coutumier*, regio e parlamentare ancora consegnato nei mille volumi di commentatori, *arrêtistes*, feudisti e che tutti i tentativi precedenti, da Le Caron a Bourjon, avevano solo parzialmente sistemato.

L'interlocutore ideale di Pothier, anche del Pothier 'romanista', è l'operatore giuridico della metà del Settecento, e non è senza significato che la sua grande fatica pandettistica sia stata condotta in strettissimo concerto col cancelliere D'Aguesseau, probabilmente da questo voluta e promossa ([25]). Nulla di culto e di ludico nel suo lavoro, ma una dominante concezione strumentale della scienza — instillatagli dalle costanti letture del giansenista Nicole —, che non può non consistere in principii e nozioni ispirati alle fondazioni dell'etica cristiana e al buonsenso, e destinati ad ordinare, migliorare, arricchire la vita di una comunità.

Per questo Pothier non è un costruttore di architetture raffinate

---

([23]) *Pandectae justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus Codicis et Novellarum quae ius Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, che appaiono nel 1748.

([24]) Per limitarci ai principali, nel 1761 viene pubblicato il 'Traité des obligations'; nel 1762 appaiono quelli sulla 'Vente' e sui 'Retraits'; nel '63 sulla 'Constitution de rente' e sullo 'Change'; nel '64 sul 'Louage'; nel '65 sui 'Louages maritimes', sulla 'Société', sugli 'Cheptels'; nel '66-67 sul 'Prêt à usage', sul 'Prêt à consomption', sul 'Dépôt', sul 'Mandat', sui 'Contrats aléatoires'; nel '68 sul 'Mariage'; nel '69 sulla 'Communauté'; nel '70 sul 'Douaire'; nel '71-72 sul 'Domaine de propriété'. Saranno pubblicati dopo la sua morte quelli sui feudi, sulle concessioni, sulle donazioni tra vivi e testamentarie, sulla procedura civile e criminale. Come è dato a vedere, una enorme opera di sistemazione dell'intero diritto privato e processuale.

([25]) Cfr. le notizie offerte da DUPIN, *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier*, in R.-J. POTHIER, *Oeuvres ... contenant les traités du droit français*, Bruxelles, 1829, vol. I, p. XXIV ss.

e ardite, né tanto meno l'artefice di teorie generali. Il suo lavoro teorico non è mai di-vertimento, ma è, anzitutto per convinzione morale, porzione integrante del suo impegno civile. Anche se è nutrito di buone letture romanistiche e filosofiche (da Cujacio a Donello a Grozio a Pufendorf a Barbeyrac), le sue pagine non potranno mai identificarsi in filosofemi astratti, ma saranno sempre e soltanto delle razionalizzazioni del passato e del presente giuridico. In altre parole, egli non è uomo di progetti né il divinatore di futuri svolgimenti. Il suo ruolo, quello che lui si è assunto, è unicamente di sistemare una determinata realtà oggettiva.

Il sistema di Pothier è sempre concreto: il suo punto di partenza, lo stimolo, non è l'inseguimento di una avventura intellettuale, bensì la positività di una esperienza giuridica storicamente vitale. Questa esperienza è il suo banco di lavoro e di prova, ed è su di essa che affondano i suoi arnesi sapientissimi. Per questo egli si presta all'opera compositiva fra diritto scritto e consuetudinario già avviata prima di lui a livello teorico e pratico; per questo egli è soprattutto legato al *droit coutumier*, che individua quale nerbo robusto, congeniale e tipizzante del «droit français», e lega la propria fama, così come vi ha legato più di trenta anni della propria vita, alla lunga serie dei 'Traités', che altro non vogliono essere se non la limpida e solida sistemazione dell'autentico diritto nazionale dirozzato e deprovincializzato nell'officina di un giurista d'ingegno e di cultura.

Il mentore costante di Pothier, spesso citato ma più spesso ancora letto e pensato, l'uomo con cui fare i conti e da cui prendere le mosse, più che Domat, è Dumoulin, certamente uno dei fondatori del diritto nazionale francese, al quale ancora a fine Settecento e ancora dopo la Codificazione si guarda dai pratici di rango come a una sorta di *pater patriae* di gran lunga superiore a Cuiacio ma con la mala sorte d'aver scritto le opere sue in uno stile barbaro ed oscuro (26). E non dimentichiamo che Dumoulin consegna la sua

(26) Ripetiamo qui la frase disarmante del biografo ottocentesco di Pothier, che, fatta una sommaria comparazione fra Dumoulin e Cujas, non esita a esprimere la sua aperta preferenza per il primo: «avec une doctrine égale à celle de Cujas, un génie plus hardi, il n'eut que le désavantage d'écrire dans un style barbare» (DUPIN, *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier*, cit., p. XLIV). Dupin scrive in pieno momento di

immagine, per i giuristi francesi a venire, soprattutto nel 'Traité des fiefs' (che ancora nel 1773 Henrion de Pensey riproporrà a teorici e pratici) (27) e nel classico, imponente commento alla *coutume* principe, quella di Parigi, al quale dedicherà buona parte della propria vita di studioso (28); e non dimentichiamo che egli, anche quando maneggia il diritto romano (e lo fa spesso e con grande professionalità), non si lascia mai tentare dalle suggestioni del cultismo ludico (29), ma serba sempre la vigile consapevolezza della incidenza

---

restaurazione, ed è un momento di riscoperta della tradizione nazionale dell'antico regime e delle sue glorie soprattutto da parte di magistrati e di avvocati con iniziative di singoli e anche delle grandi strutture istituzionali come l'Ordine degli Avvocati di Parigi e la Corte di Cassazione (cfr. ora D.R. KELLEY, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, 1984, soprattutto il capitolo V 'The legal Tradition'). Poco più sopra, nella stessa biografia di Pothier, Dupin, comparando il lavorio dei grandi culti francesi e dei creatori del 'droit français', afferma di questi ultimi: «leur livrant combat [cioè a Cujacio, a Duareno, etc.] sur un point de coutume ou sur une ordonnance de nos Rois, auraient peine à s'entendre avec eux. A les voir si fort aguerris dans les subtilités romaines, si peu versés dans le véritable esprit de notre droit français, ils les tiendraient pour étrangers dans leur propre pays» (p. XL-XLI). Dove la chiave del successo, anche nel secolo XIX, della tradizione giuridica autoctona è indirettamente motivata nello sciovinismo caratteriale della cultura giuridica francese. Le *subtilités romaines* vengono contrapposte al *véritable esprit de notre droit français*, espressione del *pays* francese e identificato con lo *esprit de patrie*.

(27) *Traité des fiefs de Dumoulin analysé et conféré avec les autres feudistes*, Paris, 1773. Henrion de Pansey è anche l'autore di un 'Eloge de Dumoulin' tenuto presso la Biblioteca dell'ordine parigino degli Avvocati e che ora si può leggere premesso alla riedizione del 'Traité'. Sulla fortuna di Dumoulin feudista cfr. G. BOYER, *De la conception du fief chez Dumoulin et des principales conséquences qu'il en tire*, in *Mélanges - I. Mélanges d'histoire du droit occidental*, Paris, 1962, pp. 37-38.

(28) Egli comincia a redigerlo nel 1535, e nel 1539 farà la sua apparizione il commento al primo titolo. La seconda parte sarà pubblicata soltanto nel 1558 (cfr. J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566) - Etude sur le sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, 1980, pp. 31 e 46). È significativo che, negli ultimi anni della sua vita, egli si dedichi a un'altra grossa opera sul *droit coutumier*, che gli darà grande fama, anche nei secoli successivi, presso i pratici; intendiam riferirci alla pubblicazione e alla annotazione del 'Grand Coutumier de la France et des Gaules', che uscirà dopo la sua morte, nel 1567.

(29) A meno che non faccia opera dichiaratamente di storico, come quando scrive il 'de dignitatibus, magistratibus et civibus romanis' o gli attualmente perduti scritti 'de muneribus et honoribus' e 'Historia tricentenaria'. Assai interessante in proposito è il volume di D.R. KELLEY, *Foundations of modern historical scholarship - Language, law and history in the French Renaissance*, New York-London, 1970, dove, in diversi intelligenti

operativa delle costruzioni giuridiche (e ne sono esempio le sue trattazioni sull'usura e sugli effetti giuridici delle variazioni monetarie (30), sull'interesse (31), sulle obbligazioni divisibili e indivisibili) (32).

Dumoulin è il primo solido anello di quella catena ininterrotta il cui ultimo anello è Pothier, molte circostanze contribuiscono a legarli spiritualmente, ma soprattutto due: hanno la stessa visione del diritto, la stessa ripugnanza per il lirismo giuridico, gli stessi piedi ben piantati nella loro terra francese, che avvertono pervasa e permeata da uno spirito giuridico e da un costume proprii e peculiari e meritevoli di valorizzazione; sono ambedue incastonati in un paesaggio economico-giuridico che, nei duecento anni che separano il mite professore di Orléans dal grintoso avvocato parigino, non ha variazioni sostanziali. È l'antico regime nelle sue certezze collaudate, nelle sue scelte di fondo, che preme su Dumoulin e Pothier, ed è un paesaggio di antico regime che essi disegnano sulle loro tele, ancora incandescente e contrastato il primo che risente tutta la mobilità del tormentato clima cinquecentesco, più riposato e fermo il secondo che vede intorno a sé attenuati, se non sopiti, le vecchie lotte e i vecchi dibattiti.

Intendiamo sottolineare che Pothier appartiene allo stesso mondo di Dumoulin, verso cui non ha movimenti di ripugnanza o di smentita, ma in cui si sente perfettamente a suo agio e di cui pretende esprimere i valori (33). Egli ne tira — e ne può tirare a metà

---

saggi qui ristampati dalle sedi più diverse, si affronta il problema di Dumoulin storico ed antiquario.

(30) 'Tractatus de usuris', cui Dumoulin comincia a lavorare nel 1542, che è compiuto nel 1545 e che vede la luce nel 1547.

(31) 'Tractatus de eo quod interest', frutto della complessa fatica dedicata al problema dell'usura e delle variazioni della moneta, e all'incirca coevo al 'Tractatus de usuris'.

(32) Ci riferiamo alla 'Extricatio labyrinthi dividui et individui' pubblicata nel 1561, nella quale riprende corsi tenuti alle Università di Tübingen e di Dole. Quest'opera è all'origine di un lungo itinerario che sboccherà negli artt. 1217-1225 del *Code civil*.

(33) Si pensi, per esempio, al modo come egli affronta l'istituto del retratto e soprattutto del cosiddetto *retrait lignager*, che è al centro delle sue attenzioni. Contro ogni visione individualistica, Pothier tiene a sottolinearne i valori, che sono poi null'altro che i valori della tradizione dell'antico regime in tema di famiglia e di patrimonio familiare. Ecco come egli si esprime, marcando volentieri l'origine non romana ma

Settecento — le conclusioni, ne canta l'epicedio. Quel che importa, è che lo sguardo si pone retrospettivo e che al futuro si porge i risultati del passato. Eloquente, quasi emblematica, è la stessa produzione letteraria di Pother: inizia con la pubblicazione, nel 1740, del commentario alla 'coutume' di Orléans e si chiude con quel 'Traité des fiefs' che viene trovato *post mortem* fra le sue carte già redatto ma non perfezionato. Tutto è all'insegna della contemplazione dell'esistente, non della contestazione o della forzatura dell'esistente.

Sul piano delle forme di appartenenza e dei diritti reali la situazione giuridica non è dissimile da quella che ha di fronte Dumoulin. I duecento anni di ulteriore divenire storico, che ovviamente non trascorrono invano, alterano per due aspetti ma non mutano il panorama giuridico: si placa e tende a comporsi quella contrapposizione netta fra regime di diritto scritto e di diritto consuetudinario, che è viva nella realtà cinquecentesca e nelle pagine di Dumoulin; Pothier ha di fronte invece il *droit français*, che mantiene certamente il suo cuore e il suo nerbo nel vecchio *droit coutumier*, ma si è arricchito e complicato con il sedimentarsi dei giudicati dei grandi Parlamenti, di una dottrina non spregevole dal buon Guy Coquille a Bourjon, e soprattutto con l'apporto determinante degli spesso organici interventi delle *ordonances* regie; che è tuttora, nel secolo XVIII, un regime còlto in dialettica col diritto romano, ma che, per aver assorbito — strada facendo — anche i principi e nozioni propri di quest'ultimo, pretende al ruolo di diritto dell'unità nazionale in una tensione più congiuntiva che disgiuntiva. La situazione dei concessionari di beni si è vieppiù consolidata *de facto*, e *de facto* vieppiù si è logorato, malgrado le proteste e i tentativi di rivalsa dei concedenti, il cordone ombelicale che lega,

---

secondo lui squisitamente francese dell'istituto: «Le retrait lignager ne nous est pas venu du droit romain ... est ... de pur droit français ... Il a son fondement dans l'attachement qu'avaient nos pères aux biens qui leur étaient venus de leurs ancêtres. C'est cet attachement qui a fait nâitre plusieurs de nos lois coutumières, dont la fin principale est de conserver ces biens dans les familles» (*Traité des retraits*, P. I, chap. I, n. 4, in *Oeuvres*, cit., t. II). Un tardo editore di Pothier, il Bugnet, professore di *Code civil* alla Sorbonne, scrivendo nel 1861, si sentirà in dovere di prendere le distanze dalle idee del maestro orleanese, sottolineando il carattere 'democratico' delle riforme legislative rivoluzionarie e post-rivoluzionarie, che avevano mutato volto all'istituto del retratto.

nell'assetto feudale, il *dominus utilis* al *dominius directus*, il vassallo, il *censitaire*, lo *champartier*, l'enfiteuta, e via dicendo, al signore.

De iure l'assetto definitivo della proprietà e dei diritti reali è già compiuto a metà Cinquecento; il successivo cammino è frutto soltanto di inerzia, e per inerzia giunge intatto fino a Pothier con la compostezza delle acquisizioni sigillate dal tempo. Prendiamo le mosse da un testo basilare del 'Traité' pothieriano; un testo in cui si delinea l'estremo approdo della prassi e della teoria del vecchio dominio diviso:

> «Il n'y a aujourd'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-aleu. A l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue deux espèces de domaines: le domaine direct, et le domaine utile ... c'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile, se nomme propriétaire, ou seigneur utile; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie; mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage» (34).

Ha ragione Scozzafava di sottolineare con vigore questo testo, ma ha torto di offrircelo, nella sua pagina, dopo averlo sottoposto a una combinazione di amputazioni e cuciture che ne deformano e ne sconvolgono il significato. Di questa falsazione parleremo anche più avanti quando affronteremo il problema della costruzione della proprietà di Pothier ed esamineremo il complesso delle testimonianze. Dobbiamo tuttavia farne un breve esame anche qui, che ci occupiamo della collocazione storica di Pothier, per le fuorvianti conseguenze in chiave storica che da questa falsazione derivano.

Il senso del discorso di Pothier è chiarissimo: per le cose mobili il regime vigente prevede «une seule espèce de domaine», la *propriété*; per le cose immobili identica è la soluzione in ordine a quelle allodiali, «qui sont en franc-aleu», cioè sottratte ai condizionamenti del regime signoriale e il cui proprietario riconosce direttamente da Dio i suoi poteri (35); ma è profondamente diversa in ordine agli

---

(34) POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété* (in POTHIER, *Oeuvres*, cit., t. V), p. 210 (d'ora in avanti, sarà da noi sempre citato come POTHIER, *Propriété*).

(35) «Tenir en franc-alleu est tenir de Dieu tant seulement, fors quant à la justice»: è la frase iperbolica di Loisel (che troviamo però ricorrente in testi consuetudinarii e dottrinali, in redazioni diverse ma con pari significato sostanziale), efficace nel sottoli-

immobili feudali e censuali, nei quali si ha una scomposizione del *domaine* pieno e complessivo in due «domaines», il diretto e l'utile. Il maestro orleanese, descrivendo e sistemando il quadro d'insieme che ha dinnanzi recepisce (vedremo poi come) senza discutere lo schema della proprietà divisa che è il principio costituzionale dell'ordine feudale, e ne fa salve soltante le cose mobili e le allodiali. Le figurazioni della appartenenza appaiono numerose e complesse.

Ecco invece l'infedele e falsante trascrizione che ne fa Scozzafava: «Precisa infatti il Pothier che 'il n'y a aujourdh'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété', ma invero 'il en est même des héritages', il cui 'domaine utile ... s'appelle domaine de propriété' per cui 'celui qui a ce domaine uile s'appelle propriétaire ... celui qui a le domaine direct s'appelle simplement seigneur' ed egli è solo 'propriétaire de son droit de seigneurie'» (36).

L'aver omesso, deliberatamente o per frettolosa distrazione, il riferimento, che è preciso nel testo pothieriano, al *franc-aleu*, e l'avere indebitamente riferito a tutti gli *héritages* quanto il giurista ha imputato soltanto all'*héritage* allodiale, dà un'immagine di conquista di una proprietà unitaria, che è strutturalmente l'opposto dello sfaccettato discorso di Pothier, tutto teso a diversificare piuttosto che a unificare, a distinguere la situazione giuridica di allodii e cose mobili dalla realtà giuridicamente tanto diversa delle *tenures*. Per il sistema descritto da Pothier non fu certo «combattuta una rivoluzione» ma per abbatterlo, perché con Pothier non solo non si realizzava «il definitivo trapasso storico» preteso dal nostro giovane civilista, ma si perpetuava nella sostanza un assetto giuridico già definito da secoli e senz'altro già pienamente maturato nel Cinquecento consuetudinario (37).

---

neare la sottrazione del bene allodiale a ogni ingerenza dell'ordine feudale, eccezion fatta per la sottomissione alla giustizia del giustiziere locale (il passo di Loisel è citato da E. CHENON, *Etude sur l'histoire des alleux en France*, Paris, 1888, p. 184).

(36) Così SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 338, affermazione riprodotta anche in SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 224, nota 49.

(37) Le frasi virgolettate sono di Scozzafava (cfr. la prima citazione di nota 36) e rappresentano le sue conclusioni sul testo citato più sopra.

Ascoltiamo Dumoulin, mentre glossa le parole 'proprietaires et seigneurs' contenute nel titolo sui feudi della *Coutume* di Parigi:

> «Secundum communem nostrum modum loquendi aliter quam in iure scripto accipimus istud verbum proprietas, quia de iure proprietas strictius et dominium latius accipitur, ut vult Baldus ... Appellatione enim dominii venit omne dominium, sive directum, sive utile, sive feudale, sive emphyteuticum vel superficiarium et etiam dominium iurium ..., sed proprietas non capitur nisi pro ipso directo dominio ... unde nomen proprietas, est nomen directum et nunquam obliquatur nec ponitur pro utili dominio, ut tradit Baldus ... sed apud nos est e converso, quia dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli sed solum dominium suum superius. Vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei et hunc solum proprietarium vocamus. Et est ratio, quia dominium utile quandiu durat vincit directum ... et ad dominum utilem spectat immediata dispositio rei iure dominii. Ad dominium autem directum non spectat nisi mediate et remote. Imo non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei, sed solum iuris sui directi et potestatis dominicae, cuius per se sumptae apud nos vocatur proprietarius dumtaxat. Et sic domini directi magis habent possessionem vel quasi et dominium iurium suorum quam ipsius rei vel soli ... Merito non vocantur proprietarii ipsius rei, quia solum feudale in se magis proprie est vassalli quam patroni, cuius proprie est ius patronatus» (38).

L'analisi giuridica di Dumoulin corre esattamente sulla stessa linea di quella di Pothier, e medesimo è il risultato. Dice il commentatore della *coutume* di Parigi: «solum feudale in se magis proprie est vassalli, quam patroni, cuius proprie est ius patronatus»; dice il tardo sistematore della materia dei diritti reali: «[le seigneur direct] est bien le propriétaire de son droit de seigneurie, mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage».

A mezzo Cinquecento, quando Dumoulin scrive, la profonda involuzione-evoluzione dell'assetto feudale e dei rapporti fondiari, che porta in Francia a uno snaturamento della istituzione-feudo e delle realtà a questa connesse e a un capovolgimento dell'equilibrio giuridico della relazione concedente-concessionario, si è già perfettamente compiuta. Essa si faceva già presagire in tutta la patria

---

(38) Charles DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, tit. I - De Fiefs, § LV, glo. II in ver. 'Les propriétaires et seigneurs', nn. 1 e 2 (in *Opera quae extant omnia* ..., t. I, Parisiis, 1658). Dumoulin commenta l'art. 55 della *Coutume* riformata, corrispondente all'art. 37 della redazione antica.

consuetudinaria francese quando, ai primi del Trecento, l'avvocato e siniscalco Jean Faure «summus Franciae consuetudinarius» (39) segnalava, contro la tradizione italiana dei *libri feudorum*, l'uso costante e generalmente osservato in Francia di consentire al vassallo l'alineazione del feudo senza il consenso del concedente (40). I rapporti di forza si erano già allora fondamentalmente invertiti e il diritto registrava l'evento al livello sensibilissimo della *coutume*. Primo segno di una mutazione sostanziale che, duecento anni dopo, si sarebbe tradotta in una mutazione dello stesso apparato formale e della terminologia; e non è sorprendente se in molte consuetudini redatte, per esempio in quelle dei paesi di Anjou e di Maine (red. 1464), di Ponthieu (1495), del Perche (1505), di Melun (1506), di Sens (1506) d'Anjou e di Maine (red. 1508), di Chartres (1508), di Troyes (1509), d'Artois (1509), di Parigi (1510) si parla ormai del concessionario come 'propriétaire', e della sua situazione giuridica come 'propriété' (41).

L'antico titolare di uno *ius re in aliena* è nel Cinquecento, in

---

(39) Cfr. A.-J. BOYÉ, *Notes sur Jean Faure*, in *Etudes d'histoire du droit offertes è Pierre Petot*, Paris, 1959, p. 34. L'epiteto latino è di Nicolas Bohier, un distinto pratico che opera fra Quattrocento e Cinquecento, e si trova nel suo commento alla *coutume* di Bourges.

(40) Jean FAURE, *In Iustiniani Imp. Institutiones iuris civilis commentarii ....*, Lugduni, 1543, in lib. III - tit. XXIII 'De emptione et venditione', nn. 2 e 3, e tit. XXV 'De locatione et conductione', nn. 2 e 3. Il commento alle Istituzioni, opera della maturità del maestro, risale agli anni 1335-1340. Quasi due secoli dopo Faure, Nicolas Bohier, commentando la *coutume* di Bourges, sempre citando l'autorità del grande giurista bordolese, ribadisce: «hodie feuda in regno Franciae sunt redacta ad instar patrimoniorum quo ad ius succedendi, vendendi, transferendi ac cedendi, ut notat Joannes Faber ...» (*Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae: Bituricensis* Nicolai BOERII, *Aurelianensis* Pyrry ENGLEBERMEI, *Turonensis* Ioan. SAISON ... *commentariis singulae illustratae ...*, Francofurti, 1575 - *Des coustumes des fiefs et cens*, § I e II). La cosa feudale, quando scrive Bohier, è ormai 'in patrimonio vasalli'.

(41) J. LECLER, *Propriété et féodalité - Qu'est-ce-qu'un propriétaire sous l'ancien régime*, in *Etudes*, CCXIX (1934), p. 442. Cfr. per tutti il *Glossaire du droit françois contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances de nos Roys, dans les coustumes du Royaume, dans les anciens arrests et les anciens titres*, curato originariamente da F. RAGUEAU, poi rivisto da E. DE LAURIÈRE, *sub voce* 'Seigneur utile' (mancano le voci 'Propriété' e 'Propriétaire'): «c'est le propriétaire qui possède et jouit de l'héritage censuel, feudal ou redevable de rente foncière». L'edizione originale del Ragueau risale al 1583; noi citiamo dalla edizione parigina del 1704.

Francia, al colmo d'un lungo itinerario, realizzato capillarmente dapprima sul terreno impalpabile dei fatti, delle relazioni economiche e sociali, poi su quello delle acquisizioni giuridiche, della conquista di un nuovo ruolo formale nella consacrazione dei testi normativi nazionali e della riflessione dei giuristi nazionali. Dumoulin rappresenta quest'ultima fase consacrativa, che poi troverà piena voce poco dopo nelle opere di Choppin (42), di Charondas Le Caron (43), di Loyseau (44). È dunque una recezione generalizzata da parte dei testi *coutumiers* ma anche delle prevalenti scuole giuridiche, e Choppin, che scrive il suo commento alla 'Coutume d'Anjou' nel 1583, ha cura di segnalarci che una *propriété* così intesa è «comme elle a commencé à estre prise és écoles au temps de nos pères» (45).

L'ulteriore passo sostanziale si compirà (o comincerà a compiersi) rispetto a questo approdo cinquecentesco, non già con Pothier ma con gli eventi rivoluzionari, quando, nella notte del 4 agosto 1789, le plurisecolari aspirazioni dei concessionari-vassalli *censitaires, champartiers*, tutti *propriétaires* nell'àmbito del regime signoriale — saranno finalmente soddisfatte (o cominceranno ad avere una definitiva soddisfazione) (46). E saranno soddisfatte con la seconda trasformazione nella qualità giuridica dei beni e dei rapporti

---

(42) René CHOPPIN, *Commentaires sur la Coustume d'Anjou*, in *Oeuvres*, t. I, Paris, 1663, p. 17: «J'entends en cet endroit la propriété selon nostre forme de parler pour le domaine utile des choses, comme elle a commencé à estre prise ès écoles au temps de nos pères et non pour la seigneurie directe».

(43) «Quant au vassal, puis qu'en France les fiefs sont reduits à l'exemple des autres héritages, il est vray seigneur et tel se peut dire et non usufruictier, ains propriétaire, subiet seulement à son seigneur dominant et superieur de la foi et hommage et autres droicts et devoirs portez par l'ancienne investiture ou par la coustume ... Le propriétaire encore se dit à la difference du seigneur direct» (Loys CHARONDAS LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, l. II, Paris, 1607, chap. XIX, p. 188). Louis Le Caron (1536-1617), avvocato e funzionario regio, luogotenente del baliaggio di Clermont en Beauvoisis, pubblica le 'Pandectes' nel 1596.

(44) «Le seigneur direct est plutôt dit seigneur de sa rente que de la terre qui la doit» (Charles LOYSEAU, *Traité des offices*, lib. V, ch. II, in *Oeuvres*, t. I, Genève, 1636).

(45) Cfr. la citazione fatta più sopra, alla nota 42. Notazioni utili possono reperirsi in BOYER, *De la conception du fief chez Dumoulin*, cit., p. 44 ss.

(46) Cfr. le documentate pagine di M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (1789-1804) - La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959, p. 74 ss.

di appartenenza che compare nella storia del diritto francese: la prima si era verificata nel tardo medio evo con il reciproco scambio di posizione giuridica fra *seigneur* e *vassal*, con la degradazione del primo — antico proprietario-concedente della terra — a proprietario del suo diritto di signoria e con l'elevazione del secondo — antico titolare di un diritto reale limitato sulla terra — a proprietario della terra; la seconda si verificherà nel 1789, quando il suolo sarà liberato dai diritti di signoria, e le ultime reliquie — ancora ingombranti e più pesanti di quanto si possa credere (47) — del sistema feudale saranno spazzate nel giro di un breve tempo.

Nella frase famosa e controversa d'Hyppolite Taine la Rivoluzione «est par essence une translation de propriété» (48). Non errata ma unilaterale si rivela questa diagnosi tante volte ammirata o combattuta. Certamente, traslazione ci fu e rilevantissima (basterebbe pensare alla titolarità dei beni già ecclesiastici), ma, nella coscienza dei suoi protagonisti, la Rivoluzione intese essere soprattutto trasformazione nella qualità giuridica dei beni. La voce più autentica è quella di Merlin, *rapporteur* del decreto 15 marzo 1790 sulla abolizione del regime signorile (49), che, rivolto ai membri dell'Assemblea, guardando a ritroso il grosso lavoro compiuto, insisterà con dichiarato compiacimento su quella trasformazione facendone l'emblema dell'azione rivoluzionaria: «vous avez changé la nature de ces biens» (50). Quella natura che era rimasta intatta da Dumoulin a

---

(47) Che per tutto il secolo XVIII e, *in extremis*, anche sotto il regno di Luigi XVI la signoria diretta (con un sostanzioso aiuto da parte di taluni giuristi) abbia tentato una riorganizzazione del suo apparato impositivo e, se non un appesantimento dei gravami imposti ai fondi feudali, almeno un inusitato rigore nell'esazione, è la tesi delineata e documentata nel saggio di P. SAGNAC, *Quomodo iura domini aucta fuerint regnante Ludovico sexto decimo*, Le Puy, 1898. Il panorama è assai sfaccettato, ma la documentazione convalida una tendenza generale in questo senso (cfr. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 169 ss., nonché il preciso studio di A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, Paris, 1937, pp. 67-69.

(48) H. TAINE, *Le origines de la France contemporaine. La Révolution*, t. I, Paris, 1878, p. 386.

(49) Merlin de Douai era presidente di una delle sotto-commissioni in cui si articolava il *Comité de féodalité* nominato dall'Assemblea il 12 agosto 1789 per definire il problema dell'abolizione dei diritti feudali. Sul decreto 15-28 marzo 1790 cfr. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 186 ss.

(50) La parte essenziale del discorso, tenuto alla Assemblea Costituente nella

Pothier, che questi ha contemplato e trascritto ospitandola nel suo sistema.

Ripetiamo e concludiamo: il discorso, la sistemazione di Pothier sono vecchi; la qualità della sua analisi giuridica circa il rapporto concedente-concessionario è la stessa di Dumoulin; egli traduce in un limpido francese il contorto latino dell'avvocato cinquecentesco. Il relativamente nuovo è il naturale portato di duecento anni di storia sociale e di interpretazione tecnico-giuridica: quanto Dumoulin, guardando con disprezzo alla tradizione subalpina ([51]), affermava osservato e vigente «in tota patria consuetudinaria» ([52]) sottolineando con vigore la diversità di scelta fra il diritto romano e quello *coutumier*; quanto egli ci porge la soluzione *coutumière* come in aperto contrasto con quella 'romanistica' di Baldo e dei dottori e feudisti del *mos italicus*; quanto egli — nell'insieme della sua complessa testimonianza di cultore del diritto nazionale e del diritto 'romano' — ci dimostra dubbi e tormenti personali nella frizione non ancora composta fra le due dimensioni giuridiche — scritta e consuetudinaria — in lotta ([53]); tanto Pothier è sicuro di sé, tanto la

---

seduta dell'8 febbraio 1790, può essere comodamente letta in MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1826, t. XII, sub voce *Fief, sect.* II, § VI, n. 1, dove lo stesso Merlin autobiograficamente la riporta. Merlin, giurista, ha cura, poco dopo nella sua esposizione, di precisare in che consistesse il cambiamento nella natura dei beni cui ci si riferisce ellitticamente nel nostro testo. Mette conto di trascrivere integralmente il passo: «en détruisant le régime féodal, vous n'avez pas entendu dépouiller de leurs possessions les propriétaires légitimes des fiefs; mais vous avez changé la nature de ces biens: affranchis désormais des lois de la féodalité, ils sont demeurés soumis à celles de la propriété foncière: en un mot, ils ont cessé d'être des fiefs, et sont devenus de véritables alleus».

([51]) A proposito dei *Libri feudorum* egli afferma con palese dispregio: «illi textus non sunt ius scriptum sed privata recitatio quarundam consuetudinum localium Insubriae circa feuda» (DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, tit. II - de censive, § LXXIII, in ver. 'Seigneur censier ou foncier', n. 16.

([52]) DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, tit. I - de fiefs, § LV, gl. II, in ver. 'Les propriétaires et seigneurs', n. 2.

([53]) La posizione di Dumoulin è chiara ed univoca, quando ci riferisce lo stato del 'droit coutumier' francese e lo traduce tecnicamente, cioè dal punto di vista della tecnica giuridica, in termini e concetti rigorosi e provveduti; il presupposto storico, fattuale, è «quia consuetudo in feudo permittit vassallo retenta fide quoquomodo libuerit disponere de feudo» (*In duos priores titulos Consuetudinis commentarii*, tit. II - de censive, § LXXII, in ver. 'Seigneur censier ou foncier', n. 20). Da romanista, sembra altrove accettare la

sua pagina è definita e sistemata, tanto è sdrammatizzato e riposato il paesaggio giuridico dove la dominanza del *droit français* si è consolidata.

Ma allora, si tratta davvero di un ripensamento solitario e personalissimo di Pothier, che proiettò sulla realtà circostante il frutto d'una sua ardita concezione anticipatrice e fece così violenza a questa realtà? Che «col suo Trattato del dominio di proprietà portò a compimento la Rivoluzione francese con qualche decennio di anticipo», come dice Scozzafava (54)? O non si trattava piuttosto

---

teorica del dominio diviso nella consolidazione che aveva fornito la grande officina del più maturo commento: «proprietatem non solum pro directo sed etiam pro utili dominio possim accipi...; ubicumque enim in utroque iure fit mentio de proprietate, verificatur non solum in dominio directo sed etiam in utili...» (*ibidem*, tit. II - de censive, § LXXVII, in ver. «Seigneur censier ou foncier», nn. 5 e 7), dove la posizione giuridica del *dominius utilis* appare senz'altro acquisita alla dimensione proprietaria del bene. Ecco un testo significativo in cui Dumoulin analizza da un punto di vista squisitamente giuridico la situazione di un bene oggetto di più concessioni successive: «Ego autem dico quod primus directus dominus possidet civiliter vera et propria civili possessione, sicut solus proprie sive antonomastice est dominus directus. Ultimus autem dominus, sive sit ultimus vasallus sive censuarius aut emphyteuta ultimi vasalli, non curo: dummodo sit ultimus utilium dominorum habens realem fruitionem et verum et naturale commodum rei, possidet naturaliter vera et propria perfecta naturali possessione, sicut ipse solus proprie et perfecte dicitur dominus utilis, quem Gallici vulgo proprietarium vocant» (*ibidem*, tit. I - de fiefs, § I, glo. VI, in ver. 'Mouvant de luy', n. 9), dove risalta il contrasto fra diritto 'volgare' e 'sapienziale' nell'ambito del Regno di Francia. Ma, in altro luogo, segnala una tensione all'unità fra le due aree giuridiche francesi: «idiotismo nostro dominus directus et is quem proprie et stricte *Tresfoncier* vocamus non dicitur proprietarius, sed vox proprietarii apud nos non solum in locis quae consuetudine sed etiam quae iure scripto reguntur, pro ultimo domino dumtaxat sive pro possidente iure dominii etiam utilis tantum usurpatur» (*ibidem*, tit. II - de censive, § LXXVIII, glo. IV, in ver. 'Seigneur censier ou foncier', n. 4). Segno che il Cinquecento francese è una zona tormentata e ancora incandescente.

(54) Scozzafava precisa, a onor del vero, conscio della singolarità di quanto scrive: «se ci è consentita un'esagerazione» (SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 332). Ribattiamo — e il prossimo capitolo lo dimostrerà, se il presente non l'ha già dimostrato — che questa esagerazione non può essere consentita a chi pretende di conoscere Pothier. Comunque la si voglia interpretare, la azione rivoluzionaria sulla proprietà è una puntigliosa defeudalizzazione, un suo recupero alla situazione giuridica propria degli allodii, nel presupposto ideale e politico che il regime feudale è un male antico da estirpare alle radici. Tutto questo è impensabile per Pothier e da lui neppur minimamente pensato. Pothier è personaggio immerso fino al collo nel clima feudale di un *pays censuel* come l'Orleanese e la Beauce, che contempla la realtà signorile, la descrive, la analizza da giurista e la sistema; che è lungi dal far progetti sulla

del naturale svolgimento di un processo già in atto nel Cinquecento e ormai consolidato nella prassi e nell'analisi teorica, sì che l'opera di Pothier fu nient'altro che quella di un lucido, provveduto e sensibile sistematore?

Il processo è l'irreversibile movimento storico a favore del *dominus utilis*, l'itinerario della lenta ma crescente e sempre meno discussa identificazione in lui del *propriétaire* in linea di fatto e di diritto, dopo che la prassi aveva consegnato nelle sue mani la sostanza dell'appartenenza del bene. Se sopravvivono ancora opinioni formaliste che riproducono il vecchio schema del dominio diviso nel suo originario equilibrio ([55]); se la monarchia, tutta presa nei suoi miopi rigori passatisti e tutta intenta a una interpretazione formalmente corretta anche se storicamente insensata dei caratteri originari dell'antico regime, non manca — ancora nei suoi ultimi sussulti — di considerare come *propriété* le situazioni del *seigneur* concedente ([56]); se in taluni libelli politico-giuridici si parla ancora di

---

sua estirpazione o dal contribuire in tal senso. Sia chiaro: la Rivoluzione francese, come nessuna altra Rivoluzione della storia, non la faranno i giuristi, personaggi che preferiscono come le nottole volare nel tramonto delle giornate, secondo una immagine famosa e suggestiva.

([55]) Un illustre esempio è quello di HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, cit., t. I, p. 270, dove continua a regnare una nozione, tutto sommato, tradizionale di dominio utile. Cenni sulla evoluzione dottrinale — che noi non siamo in grado, in questa sede, di seguire con l'attenzione che meriterebbe — possono reperirsi già nel vecchio citatissimo libro di CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, Paris, 1846 (soprattutto pp. 148-149), un libro che, nel bene e nel male, costituisce, come miniera di dati purtroppo non tutti esatti, una sorta di archetipo per buona parte della letteratura posteriore che ne resta affatto tributaria (è, per esempio, clamorosamente, il caso di J. BEAUNE, *Droit coutumier français - La condition des biens*, Paris-Lyon, 1886, p. 172 ss., ma anche del troppo decantato E. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, Paris, 1923 (la prima edizione risale però al 1882), pp. 30-32, che è sul punto assai superficiale). Più utili le pagine di R. BEUDANT, *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, Paris, 1889, pp. 132-139, frutto di più ampie ricerche documentarie e di una riflessione più autonoma, e di PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, cit., p. 58 ss.

([56]) Così si esprime Luigi XVI nel preambolo all'editto dell'8 agosto 1779 (cfr. BEUDANT, *La transformation juridique de la propriété foncière*, cit., pp. 182-83). Le stesse nozioni saranno monotamente ripetute dal Re fino alla soglia degli Stati Generali.

co-propriété a proposito del rapporto feudale (57); v'è al tempo in cui Pothier scrive il 'Traité du domaine de propriété' una corrente consolidata, che egli si limita a registrare.

E ce ne rendiamo conto, se apriamo il più diffuso e apprezzato 'Dictionnaire de droit', quello di Claude-Joseph de Ferrière; consultiamolo nell'edizione che appare, a Parigi, nello stesso anno di pubblicazione del 'Traité' pothieriano, ossia nel 1771 (58). Vi si definisce come 'propriétaire d'un heritage' «celui qui en a la propriété, c'est-à-dire le droit d'en jouir et d'en faire ce que bon lui semble, soit qu'il le tienne en fief, ou en censive ou en franc aleu» (59), dove vassallo, censitario, proprietario allodiale sono disinvoltamente messi sullo stesso piano.

È chiaro che la strada cammina verso un recupero della unitarietà della nozione di proprietà. Di lì a pochi anni, l'autore dell'ultima grande trattazione feudistica che trova compimento prima della Rivoluzione, François Hervé, che pur proviene da un paese accanitamente antiallodiale come la Bretagna, insegnerà, nel 1785, «que les Fiefs appartiennent en pleine propriété aux vassaux» e che costituiscono per essi «une propriété parfaite» (60).

---

(57) Per esempio, nel famoso libello su *Les inconvénients des droits féodaux*, uscito anonimo a Londra nel 1776 ma dovuto alla penna di Boncerf, *premier commis* di Turgot e che fu bruciato dal boia per disposizione del Parlamento di Parigi, perché ritenuto contrario alle basi stesse dell'ordine pubblico francese. Sui contenuti del libello cfr. BEUDANT, *La transformation juridique de la propriété foncière*, cit., p. 172 ss.

(58) Il 'Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les jurisdictions de France' di Claude-Joseph de Ferrière (1680-1750 circa) non è altro che la rifusione in veste di dizionario della 'Introduction à la pratique contenant l'explication des principaux termes de pratique et de coutume' opera del padre, Claude de Ferrière (1639-1715), scienziato e pratico del diritto di qualche talento e rispetto. La prima edizione della 'Introduction' è del 1679. Nel 1718 il figlio ne cura una edizione rinnovata sotto il titolo di 'Nouvelle introduction à la pratique'. La prima edizione del 'Dictionnaire' è invece del 1734.

(59) Il tenore è identico anche nelle precedenti edizioni.

(60) «Je pense sans difficulté que les Fiefs appartiennent en pleine propriété aux vassaux, depuis qu'ils sont patrimoniaux et disponibles. S'ils ne furent pas d'abord considérés comme une propriété parfaite, c'est qu'ils ne consistèrent que dans une jouissance précaire et passagère qui pouvait se perdre à chaque instant, ce qui contrarie l'idée de propriété. Mais quand ils sont devenus héréditaires et qu'ils sont absolument tombés dans le patrimoine du vassal, on a du prendre d'autres idées. Quand je puis

Pothier, più rigoroso di Hervé nella sua educazione civilistica, più vincolato ai dati formali dell'ordinamento giuridico, non aveva osato dir tanto. Toccherà al feudista, maggiormente legato alla fattualità, avvezzo più a una valutazione sostanziale — cioè economica — che formale degli istituti, toccherà a lui, per ironia della sorte, esprimendo l'estremo approdo involutivo della *tenure* nell'Antico Regime, di presentire e prefigurare quanto la Rivoluzione definirà sul piano giuridico-formale cancellando gli ingombranti residui della impalcatura signoriale così come ci appaiono presenti e tangibili nella sistemazione del 'Traité' pothieriano. Questo 'Traité' ci sembra, per molti versi, più vicino a Dumoulin che a Hervé.

4. Dunque, Pothier non è l'antiporta della Rivoluzione, ma v'è chi — nel ventennio successivo — spinge ben più in là la propria analisi fino a parlare della proprietà feudale e censitaria come d'una proprietà perfetta. Questo — ripetiamo — Pothier non l'ha mai né scritto né pensato. Anzi ha fatto un discorso sensibilmente diverso, che converrà esaminare puntigliosamente in tutte le sue articolazioni.

A costo di ripeterci, non si potrà non prender le mosse dai testi che, liminalmente, il giureconsulto orleanese ha premesso al 'Traité' e che, letti con fedeltà, senza sottoporli ad alterazioni, ci daranno nella loro consecuzione un messaggio non equivoco.

Nello 'chapitre préliminaire' si mette a fuoco l'oggetto del 'Trattato': «nous ne traiterons, dans celui-ci, que du droit de domaine, qu'on appelle aussi *droit de propriété*» (61); vieppiù precisandolo, subito dopo, all'esordio del primo capitolo:

> «Il n'y a aujourd'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-aleu.
>
> A l'égard des héritages tenus en fiefs ou en censive, on distingue deux espèces de domaines: le domaine direct, et le domaine utile.
>
> Le domaine direct, qu'ont les seigneurs de fief ou de censive sur les héritages qui sont tenus d'eux en fief ou en censive, est le domaine ancien,

---

vendre, donner, aliéner, de toutes les manières, détériorer une chose, en un mot, en disposer à mon gré, j'ai bien le *ius utendi et abutendi* dans lequel consiste la vraie propriété» (F. HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, t. I, Paris, 1785, p. 369).

(61) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 2.

originaire et primitif de l'héritage, dont on a détaché le domaine utile par l'aliénation qui en a été faite, lequel, en conséquence, n'est plus qu'un domaine de supériorité, et n'est autre chose que le droit qu'ont le seigneurs, de se faire reconnaître comme seigneurs par les propriétaires et possesseurs des heritages tenus d'eux, et d'exiger certains devoirs et redevances recognitifs de leur seigneurie.

Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété qui doit faire la matière du présent traité: on doit plutôt l'appeler *domaine de supériorité.*

Le domaine utile d'un héritage renferme tout ce qu'il y a d'utile; comme d'en percevoir les fruits, d'en disposer à son gré, à la charge de reconnaître à seigneur celui qui en a le domaine direct.

C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile, se nomme propriétaire, ou seigneur utile; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie; mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage» (62).

Crediamo che due conclusioni — elementari e non suscetibili di dubbio — si possono intanto trarre da una lettura anche frettolosa: il «droit de propriété», di cui si parla in queste pagine pothieriane, si incastona in una pluralità di «domaines» sulla cosa ed è pensato soltanto al centro di un nodo di dominiii; qualsiasi titolare di dominio utile o diretto, di cui si parla in queste pagine, è un *seigneur.* Si tratta di conclusioni, elementari quanto si voglia, ma rilevanti per una collocazione storica della 'propriétè' di Pothier.

Questi grida sin dall'inizio una verità che unicamente i sordi non sono in grado d'intendere: soltanto per le cose mobili e per quelle cose immobili, particolari e marginali nel paesaggio giuridico orleanese, che sono gli allodii si può parlare di un unico *domaine de propriété.* Per la normalità degli *héritages* sottoposti al regime della *tenure*, cioè *fiefs* e *censives*, si individuano due *domaines*, il diretto e l'utile.

Questa è la condizione giuridica dei beni che il giureconsulto contempla nel 1771 dal suo osservatorio orleanese. «Aujourd'hui» esordisce Pothier; l'avverbio temporale condiziona tutta l'analisi, la relativizza, gli dà tono dimesso: è il tono opposto a quello di chi si accinge trionfalisticamente a enunciare e a proiettare sulla realtà le linee d'una teoria generale. Una sola cosa vuole Pothier: fare, come

(62) POTHIER, *Propriété*, cit., Prémière partie, chap. I, n. 3.

si suol dire, il punto della situazione, e non può che cominciare dall'inventario.

Tralasciando le cose mobili, che in questa sede non hanno per noi che uno scarso interesse, l'inventario si caratterizza per un contrappunto fondamentale, quasi una contrapposizione: da un lato, l'allodio; dall'altro, le *tenures*. Motivo e fondamento della contrapposizione il tessuto compatto e unitario del primo, che fa spicco a fronte della natura idealmente composita e concretamente frazionata delle seconde. Ed è un frazionamento che a livello di teoria giuridica ha una sua incisività: non siamo infatti di fronte a uno *ius in re aliena* che preme dall'esterno, e magari anche scalfisce, una proprietà che è realtà di tutt'altra natura, incontro e scontro di entità dalla diversa qualità giuridica, un corpo estraneo nel corpo vivo della proprietà. Un tale frazionamento è pensato invece in termini qualitativamente uguali, è cioè un frazionamento nel *domaine*, che genera e gemina due *domaines* parziali, ma l'uno e l'altro *domaines*, sia l'utile che il diretto. E *domaine* in bocca a un giurista del rigore di Pothier non è terminologia generica o tanto meno volgare; *domaine* è il governo della cosa, che pone soggetto e cose in un rapporto frontale, che costituisce la dimensione più gelosa dell'appartenenza.

Si noti come il discorso si fa, sin dal principio, storico: il dominio diretto «est le domaine ancien, originaire et primitif ... dont on a détaché le domaine utile». Nessuna impalcatura teorica ingombrante, ma la viva coscienza che la proprietà del feudatario e censitario mostra certi connotati non in grazia d'una sua natura primigenia, ma per forza d'un innarrestabile processo storico. E Pothier è al fondo del sentiero a raccogliere ed esaminare quel pezzo di storia sociale francese divenuto cristalizzazione giuridica che è la *propriété* non-allodiale del XVIII secolo. Frutto storico, su cui è improvvido filosofare e che è ugualmente improvvido tentar di nobilitare, ma che è possibile soltanto apprezzare nella sua corposità.

Intendiamo dire che nella mente e nella pagina di Pothier questa *propriété* è inscindibile dalla nozione di dominio utile: «à l'égard des héritages, c'est le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété», un dominio utile cresciuto via via di intensità economica e di prestigio sociale, ingigantito fino a ridurre il dominio diretto a circostanza di sempre minor pregnanza, ma certamente non ingi-

gantito fino al punto da espellere la situazione giuridica del *suzerain* dal territorio dell'appartenenza, a farne qualcosa di estraneo alla nozione di *domaine* (63).

Come dicevamo più sopra, pur nella consapevolezza che la proprietà sostanziale è ormai prevalentemente consegnata nelle mani dell'utilista e che essa è vocata a successo e prestigio maggiori, tutta la vecchia impalcatura della feudistica tradizionale resta in piedi con Pothier; parecchio devitalizzata, come in quasi tutte le opere giuridiche del tempo, ma resta in piedi. La costruzione di Pothier manca di coraggio, o forse manca soltanto di ciò che noi moderni vorremmo antistoricamente che avesse e che quella invece non volle né poté avere: la progettualità. Dobbiamo cioè operare una realistica lettura riduttiva di Pothier, confinarlo nel suo reale orizzonte di contemplazione dell'esistente. Né occorreva una immersione nel lavacro rivoluzionario per lanciare un progetto verso il futuro. È sotto questo profilo ben più progettuale, e coraggiosa, e proiettata in avanti, l'opera di un feudista come Hervé, dove si constata il coraggio di recidere il cordone ombelicale fra nuova proprietà e dominio utile, di interpretare il contratto feudale in modo affatto nuovo (64), di sbarazzarsi d'un colpo, senza residui, della teorica del dominio diviso, parlando, senza un'incertezza e senza un rimpianto, di proprietà perfetta (65).

---

(63) E dire che, appena trenta anni dopo il 'Traité', Thibaut qualificherà, nel 1801, la dottrina del dominio diviso come un *Unding*, cioè come un assurdo (A.F.J. THIBAUT, *Über dominium directum und utile*, ora in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena, 1817 ^{2}(rist. anast. Aalen, 1970), p. 88. Ma il discorso di Thibaut, inaugurale di un nuovo secolo, appartiene decisamente a un diverso spartiacque.

(64) Per esempio, Hervé, feudista singolare perché portatore d'una sua ben definita politica del diritto, volendosi sbarazzare, con viva percezione anticipatrice, alle soglie della Rivoluzione, di ogni residuo della dottrina del dominio diviso, può cancellarla solo presupponendo una definizione di feudo, che non è quella della tradizione. Per lui feudo è realtà generica: «une concession faite à la charge d'une reconnaissance toujours subsistante, qui doit se manifester de la manière convenue» (HERVÉ, *Théorie des mathières féodales et censuelles*, cit., t. I, p. 372). Soltanto a queste condizioni e con questa chiarezza di idee (e non le ambiguità di Pothier) il *domaine de superiorité* è raso al suolo; si snatura completamente il feudo, ma la proprietà feudale attinge al paradiso della proprietà perfetta.

(65) Vedi la citazione di nota 60.

È vero: Pothier non manca di segnalare e sottolineare che il direttario è «propriétaire de son droit de seigneurie» e che «les droits de domaine de superiorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle» rappresentano — insieme alle servitù prediali e personali, all'ipoteca e al diritto di rendita fondiaria — «les autres espèces de droit réels» (66), *autres* rispetto alla *espèce principale* che è il *domaine de propriètè*, ma è lecito domandarsi fino a che punto arrivi questa diversità in un sistema, come il pothieriano, in cui il diritto reale limitato è pensato e risolto sempre come *démembrement*, cioè come porzione della *propriété*, partecipe quindi della sua natura. Forse, la diversità è quantitativa più che qualitativa come quella che separa la frazione dal tutto. In più, si tratta di una situazione giuridica che non cessa di essere *domaine* (67), che è sempre vista dialetticamente con l'altro *domaine*, il quale proprio come *domaine de superiorité* porta al suo titolare cospicui diritti patrimoniali e non (68) e gli conferisce il diritto di caccia (69).

Non cerchiamo di trovare coerenza, dove coerenza non c'è, dove forse non ci può essere. La seconda metà del Settecento è momento di crisi profonda per la proprietà come istituzione fondia-

(66) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 2.

(67) Sul carattere 'proprietario' del dominio diretto si vedano le giuste osservazioni di M. BARCELLONA, *Proprietà privata e intervento statale - Profili istituzionali della questione agraria*, Napoli, 1980, p. 93 (soprattuto nota 204), cui nuoce tuttavia l'eccessiva mistione tra profilo economico e giuridico, con uno sfuocamente del secondo. Il ripudio del vecchio feticcio isolazionistico non deve spingersi fino a precludere la percezione dell'autonomia della dimensione giuridica nella complessità dell'esperienza storica.

(68) Soprattutto la *foi* e lo *hommage* vincoli morali prima ancora che giuridici fra *seigneur* e *vassal*, residuo di quel rapporto personalissimo che fu, all'origine, il feudo. E poi un numero cospicuo di diritti per la cui enumerazione ed esposizione si vedano CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière*, cit., p. 32 ss.; PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, cit., p. 97 ss. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 44 ss.

(69) Nelle terre tenute in feudo «c'est le propriétaire ... qui a le droit de chasse sur les dites terres, et non le seigneur de qui il les tient en fief». Essendo infatti il feudo una *tenure* nobile ed avendo il diritto di caccia un carattere anche onorifico, non può non esservi ricompreso. Però il signore può cacciare personalmente sulla terra feudale «seulement autant qu'il est nécessaire pour faire connaître le domaine de supériorité qu'il a sur le fief» (POTHIER, *Propriété*, cit., p. 1, chap. II, n. 34); ed è precisazione significativa. Nella *tenure* a censo è il signore che ha interamente il diritto di caccia (*loc. ult. cit.*, n. 35).

ria e come nozione politico-giuridica (70), e la crisi sta nella lotta — dall'esito non ancora deciso — fra il vecchio e il nuovo, tra fatti e idee contrastanti che si mescolano cozzando fra sé. Fra *domaine* e *ius in re aliena*, fra *ius utendi et abutendi* e dominio diviso, dal Cinquecento in poi le contraddizioni non mancano nella *scientia iuris* che riflette sulla proprietà (71). Prendiamone atto come parte d'un messaggio fedele di questa travagliata storia giuridica, nel rispetto che lo storico deve sempre serbare per i messaggi del passato, soprattutto per quelli che, nell'incoerenza e nelle antinomie, hanno il pregio di segnalarci la esperienza nel suo divenire complesso. Forse il messaggio di Rober Pothier è di questo segno: l'essenziale è di non avvilirlo travestendolo e travisandolo con panni che non furono i suoi.

Se è quindi fuori di dubbio che la *propriété* pothieriana deve essere pensata nella nicchia del dominio diviso — anche se nicchia ormai un po' scomoda e ristretta — è ugualmente indubitato che essa non può non essere pensata all'interno, ben all'interno, del regime signoriale. Come abbiamo già detto ma vogliamo qui ripetere, il mondo di Pothier non è una realtà inventata al tavolo di studio, è il mondo vivo della provincia francese in un paese consuetudinario non allodiale, mondo fatto di feudi, censi e decime, dove contano ancora molto ceti e 'stati', dove il direttario e l'utilista sono, prima ancora che *domini*, dei *seigneurs*, dove l'assetto fondiario è ancora gremito di mille istituzioni, diritti, doveri di natura squisitamente feudale, dove ancora si parla fittamente di *foi* e di *hommage*.

Questo è il paesaggio intorno a Pothier, ed è questo il paesaggio che egli disegna nella sua carta, fedele a una interpretazione umile e modesta della funzione del giurista come sistematore dell'esistente. Il Pothier giudice, scabino, il Pothier che per anni e anni è perno di uno degli ingranaggi feudali più delicati e rilevanti del ducato d'Orléans, quella *Chambre des domaines* sezione particolare dello *Châtelet* provinciale in cui si definivano le questioni feudali relative

---

(70) Basti rinviare a M. BLOCH, *I caratteri originali della storia rurale francese* (trad. ital. di C. Ginzburg), Torino, 1973, p. 148 ss.

(71) Una, e vistosa, e autorevole, è stata da noi segnalata proprio in questo stesso volume a proposito della testimonianza di Udalricus Zasius (cfr. p. 191 ss.).

ai diritti e doveri dei vassalli verso il duca loro *suzerain*, questo Pothier, che vi siede per chiamata fiduciaria della famiglia ducale, non smentisce una tale esperienza nei suoi scritti.

Anzi non possiamo nascondere, anche a costo di parer provocatorii, che è più sensibile a questa che non alle nuove idee che circolano ormai a Parigi e di cui sono alfieri squillanti i fisiocrati. Se nella settima edizione della 'Collection de décisions' del Denisart — che appare nello stesso anno del 'Traité du droit de domaine de propriété' (72) — v'è una traccia significativa ed espressa delle nuove idee, e v'è una espressa citazione del libello di Mercier de la Rivière che fa spicco di sé nel bel mezzo delle austere citazioni giuridiche (73), maggior sordità ci sembra di poter cogliere nelle pagine in tema di proprietà del giurista orleanese tutto catturato dal suo cómpito descrittivo e tutto vincolato al paesaggio circostante, che non si ritiene in diritto di prendersi il lusso di fughe ed evasioni nell'infido terreno del metagiuridico.

Basta una semplice scorsa all'avvio dell'incompiuto 'Traité des fiefs' per rendersene conto: non un cenno all'incandescente polemica antifeduale di quegli anni, non un'indulgenza al versante politico del problema che pur aveva mille ridondanze sul giuridico, e nemmeno la tentazione di esplorazioni storiche più o meno fantasiose sull'origine del feudo, che avevano costituito e costituivano un debito d'onore per ogni feudista dabbene: piuttosto, un discorso di *strictum ius*, freddo e distaccato, squisitamente tecnico, che chiede all'armamentario tecnico in cui si chiude la forza della sua impassibilità.

Il 'Traité' veniva redatto da Pothier agli estremi della sua vita, ed è stato pubblicato solo *post mortem*; venti anni dopo la Francia infiammerà sulla mina del problema feduale. Ma le pagine non appaiono datate o databili; potrebbero essere state scritte dieci, venti, cinquanta, forse cento anni prima, rinserrate come sono nel limbo delle scelte tecniche. Rispetto a Dumoulin, grande mentore e

---

(72) J.B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. IV, Paris, 1771, *sub voce* 'Propriétaire, Propriété'.

(73) Con linguaggio fisiocratico vi si parla di 'propriété personnelle' e si cita di Paul-Pierre Le Mercier de la Rivière il saggio programmatico 'L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques' che esce a Parigi (ma con la falsa data di Londra) nel 1767.

primo punto di riferimento, è solo l'evolversi delle soluzioni tecniche che segna il vecchio e il nuovo, ma il clima ideale intorno al castello giuridico del feudo di Pothier è completamente immobile, e il feudo stesso è pensato come immobile quasi che non fosse un corpo vivo. E dire che siamo allo sfacelo del regime signoriale.

5. Dal Cinquecento in poi il conio espressivo *ius utendi et abutendi* diventa tralatizio per individuare il contenuto essenziale, il volto autentico, di ogni proprietà. È il tributo dell'ordine giuridico alla nuova antropologia individualista che pretende una proprietà costruita sul soggetto e per il soggetto, rimuovendo o contenendo al massimo ogni condizionamento esterno. Pothier non si sottrae all'andazzo e definisce il *domaine de propriété* come «le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois: *jus de re libere disponendi*, ou *jus utendi et abutendi*» (74).

Nulla più e nulla meno di quanto vediamo universalmente affermato a metà del Settecento: dovunque il riferimento all'*uti atque abuti*, vero e proprio topos della cultura giuridica moderna, dovunque l'accentuazione del contenuto potestativo individuato in maniera omologa nel «droit de jouir et de faire ce que bon lui semble», come si esprime il redattore della *Grande Encyclopédie* (75), o il solito De Ferrière nel suo celebrato *Dictionnaire* (76). Parole convinte che si fondono ormai, dopo due secoli di scialo verbale, con la clausola di stile.

Senza dubbio con queste definizioni siamo in un universo che non è più quello di Bartolo e dei medievali, ed è soltanto un'assonanza formale che ci può consentire di accostare il bartoliano *ius perfecte disponendi* allo *ius de re libere disponendi* formalmente

(74) POTHIER, *Propriété*, cit., p. 1, chap. I, n. 4.

(75) *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des metiers*, t. XIII, *sub voce* 'Propriétaire' (Jurisprud).

(76) Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, cit., *sub voce* 'Propriétaire d'un héritage'. Già nella *Introduction à la pratique*, cit., del padre Claude de FERRIÈRE, alla voce 'Propriété' si legge: «est le droit de disposer de ses biens à sa volonté, si on n'en est empesché par la Loy ou autrement»; frase ripetuta anche nella revisione della *Introduction* fatta da Claude-Joseph (cfr. *Nouvelle introduction à la pratique*, cit., voce 'Propriété'.

ripetuto ma sostanzialmente tradito e stravolto sulla bocca di Pothier (77). La proprietà è potere svincolato da ogni funzionalizzazione in rapporto alla cosa; il rispetto della cosa come entità oggettiva vitale nella sua forza produttiva non è più un limite all'azione dominativa. Il sistema bartoliano di più proprietà insistenti sullo stesso bene e reciprocamente limitantisi secondo l'ordine dell'autonomia a ciascuna conferita cede il passo a una proprietà che non cerca verifiche nell'assetto della cosa (assetto esterno, oggettivo, proprio alla realtà dei fatti economici), ma nell'interno del soggetto (e non può, in tal modo, non sconfinare nella rischiosa dimensione etica). E si ha cura di precisarlo con puntigliose esemplificazioni: fare della cosa «ce que bon lui semble» — racconta la *Grande Encyclopédie* — è «même la dégrader et détruire» (78), mentre De Ferriére ha cura di precisare che anche il 'deterioramento' è ricompreso nei poteri proprietarii (79). Lo stesso in Pothier: «ce droit de disposer comprend aussi le droit que'a le propriétaire, de perdre entièrement sa chose, si bon lui semble» (80). Si tende, insomma, a chiarire che per il proprietario, ove non leda diritti altrui o disposizioni di legge, il *licitum* può coincidere col *libitum*.

Dunque, una proprietà svincolata da condizionamenti oggettivi,

---

(77) La sostituzione dell'avverbio *libere* a *perfecte* non è da enfatizzare come fa Scozzafava, anche se non è priva di significato. Non è priva di significato, perché, quando viene operata dai *Doctores*, per esempio da Alessandro Tartagni, segna un passo innanzi nella riflessione post-bartoliana del Quattrocento, che presagisce e avverte le nuove idealità affioranti (cfr. P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, p. 155-56). Ma è assolutamente indebito affermare che questa sostituzione avviene con Pothier: quando egli la usa, è vecchia di almeno tre secoli nella consuetudine dottrinale. Ed è per noi del tutto incomprensibile come si possa vederla «finalizzata ad evidenziare un tratto che più degli altri concorse a caratterizzare la nozione di proprietà moderna, tratto che ... si identifica con l'attributo dell'esclusività» (Scozzafava, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 334). *Libere* sottolinea, come si rileva nel testo, il momento potestativo del soggetto ed ha riferimento al soggetto preso come individuo solitario. La libertà è insomma una dimensione interna al soggetto, non è mai rapporto (almeno in una cultura quale quella post-cinquecentesca). Esclusività è una dimensione esterna del soggetto, è e non può non essere rapporto con altri, significa immersione del soggetto (sia pure con un bagno individualistico) nella comunità.

(78) *Encyclopédie*, cit., v. 'Propriétaire (jurisprud.)'.

(79) De Ferrière, *Dictionaire de droit et de pratique*, cit., v. 'Propriétaire d'un héritage'.

(80) Pothier, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 5.

che trova in se stessa la sua legittimazione e che può essere veramente ricostruita come un diritto generale ed astratto librantesi alto sulle cose e munito di una totale capacità a ricomprendere le situazioni più svariate senza esserne né condizionato né tanto meno inciso; ci verrebbe voglia di dire, senza esserne nemmeno sfiorato.

Intanto, una prima puntualizzazione per sgombrare il discorso da equivoci: è tutta una cultura giuridica, dal Cinquecento in poi, impegnata nella pittura di un simile quadro, ed è storicamente ingiustificato insistere su pretesi meriti di Pothier. Egli, in proposito, non è che il ripetitore psittacico di un luogo comune.

Ma v'è una seconda puntualizzazione da fare da parte dello storico del diritto: guardiamoci dall'arrestarci alle definizioni, che sono troppo spesso — storicamente — soltanto il belletto stropicciato a forza sulla realtà degli istituti; o, almeno, verifichiamo la definizione con la costruzione giuridica sottostante.

Orbene, se ha molte ragioni Scozzafava di respingere, perché acritica e immotivata, l'opinione di quella vecchia storiografia giuridica e di quella vecchia civilistica che vedevano il giurista settecentesco «riprodurre testualmente la definizione di Bartolo» (81), non ha ragione — ed è, a sua volta, acritico — di arrestarsi a un esame liminale senza verificare l'affermazione sonora con l'architettura giuridica di supporto. Se lo avesse fatto, avrebbe facilmente constatato che, al di sotto di una definizione galleggiante, sussisteva tutto un impianto costruttivo che — questo sì — non aveva subìto variazioni sostanziali dal tempo delle sistemazioni bartoliane.

Si stava perpetuando, nel più maturo Settecento, un armamentario logico e tecnico pensato e inventato nella stessa officina che aveva pensato e inventato il dominio diviso; che formava allora un tutto armonico e coerente e che ora, viceversa, non poteva non mostrare la sua insofferenza a esprimersi e a culminare in una proposizione programmatica — cioè definitoria — sostanzialmente estranea e quasi in antinomia.

L'approccio tecnico-giuridico di Pothier e, insieme a lui, di tutti i giuristi contemporanei è insomma vecchio, retrodatato, e fa cozzo con la cuspide definitoria di tutta la costruzione tecnica. E non può

---

(81) SCOZZAVAFA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 327, nota 2 (la citazione è da Barassi).

che essere così: *abusus* e dominiio diviso sono scelte antitetiche, appartengono logicamente a due universi progettuali e, quando si vogliono costringere alla convivenza, è il sistema intero che scricchiola per la sua aporeticità. Non sappiamo se sia consolante aggiungere che è una aporia diffusa, un malanno epidemico, che accompagnerà buona parte della *iurisprudentia* sul tema della proprietà fino alla rivoluzione copernicana dei pandettisti tedeschi (82).

Limitiamoci in questa sede al bartolianesimo tecnico di Pothier. Un primo dato rilevante: per lui, nessun distacco logico fra proprietà e diritti reali; sono anzi istituti fatti della stessa pasta, hanno la stessa qualità perché esprimono la stessa relazione giuridica; sono forme di appartenenza, con variazioni — fra sé — di mera indole quantitativa. Infatti «le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards» (83); «il y a plusieurs espèces de *jus in re* ... la principale est le droit de domaine de propriété»; «les autres espèces de droit réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démembrements, sont ...» (84).

La consecuzione è perfetta a delineare un compiuto sistema delle situazioni reali imperniato sull'idea-base della natura composita e non compatta della proprietà. Spieghiamoci meglio: la proprietà non è un contenitore, un grande ventre, che nutre in sé e legittima situazioni giuridiche di qualità e intensità inferiori. Pensata nella pienezza del suo modello è essa stessa un fascio di situazioni ciascuna delle quali incarna da sola una porzione dell'appartenenza; e anche se talora qualcuna di queste situazioni assume vita autonoma, non abbandona il suo carattere di frazione di proprietà né smentisce la sua natura di brandello piccolo o grosso dell'appartenenza. Il territorio dei diritti reali è unitario ed è privo al suo interno di ulteriori confini e di ulteriori salti di livello.

Un dubbio potrebbe ingenerarsi nel lettore di fronte a quel

---

(82) Riservandoci di affrontare più avanti il tema con maggior distensione, ci sia consentito di rinviare a quanto abbiamo scritto in: *Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno (Itinerari moderni della proprietà)* V-VI (1975-76), dove la novità della riflessione pandettistica è comparata con l'arretratezza dell'impianto della stessa civilistica italiana nel primo decennio dopo il Codice civile unitario del 1865.

(83) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 1.

(84) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 1.

verbo «èmaner» usato dal giurista orleanese e che può evocare una nozione diversa. Nella composta e rigorosa precisione della terminologia pothieriana è un momento di non-vigilanza. Tutto il restante vocabolario e tutto l'apparato logico indicano con assoluta chiarezza la costruzione del maestro: i diritti reali limitati sono *démembrements* (85), sono «droits ... renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et perfaite» (86); i diritti reali limitati, anche quando hanno vita autonoma, «sont autant de droits qui ont été détachés de la propriété» (87). E, di conseguenza, tutta una gamma di proprietà: perfetta, imperfetta, molto imperfetta (88), a seconda del separarsi o del riunirsi delle situazioni componenti nel gioco vario e mutevole delle vicende dei soggetti e dei beni, soprattutto dei beni (89).

Qualche volta il linguaggio di Pothier ha il valore d'una confessione. Ascoltiamolo: «Une propriété est pleine et parfaite, lorsqu'elle est perpétuelle, et *que la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire*» (90); e soffermiamoci sulla seconda parte, che abbiamo segnato in corsivo per metterla maggiormente in evidenza. Nessun civilista oggi si sognerebbe di parlare di diritti reali sulla cosa facenti capo al proprietario della cosa, ma lo può fare quel giurista che ha della proprietà una nozione composita, non già come mosaico di tessere prive di autonomia, bensì come fascio di situazioni che serbano autonomia anche all'interno della stessa proprietà piena.

Né fa meraviglia che Pothier accetti l'idea dell'usufrutto causale così intimamente legata alla visione 'divisionistica' del *dominium* (91), né fa scandalo quella sorta di 'ipoteca causale' cui egli

---

(85) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 2.

(86) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 8.

(87) *loc. ult. cit.*

(88) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 8, dove si parla della 'imperfection du droit de propriété', di 'propriété pleine et parfaite', di 'propriété imparfaite', di 'propriété très imparfaite'.

(89) Per questo non possiamo essere d'accordo con Scozzafava (vedi, p.e., *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 333), che tende a diversificare qualitativamente *propriété* e *droit réel* in Pothier.

(90) *loc. ult. cit.*

(91) L'usufrutto causale, invenzione del fertilissimo laboratorio del diritto co-

accenna puntualmente e che è l'estremo sviluppo d'una costruzione proprietaria 'divisionistica' (prima di inorridire all'idea aberrante di un diritto d'ipoteca sulla cosa propria, il lettore è invitato a considerare il motivato testo pothieriano, che offriamo in nota distesamente per sua tranquillità) (92).

Tutto questo è bartolianesimo tecnico, è cioè un riproporre nel 1771 un'ipotesi di costruzione del sistema dei diritti reali che è, nella sostanza, quello dello *ius commune* e che trovò in Bartolo il proprio corifeo; un sistema edificato più guardando alle cose che al soggetto, e di cui la teorica del dominio diviso è l'articolazione primaria.

---

mune, non è altro che il risultato di un processo di esasperata autonomizzazione del godimento del proprietario già nel seno della proprietà e, prima ancora, di una concezione esasperatamente frazionistica del fenomeno proprietà. Istituto discussissimo, pur tra contumelie e repulse alligna profondamente nel costume giuridico giungendo abbastanza vigoroso fin quasi a fine Ottocento (si veda quanto abbiamo avuto occasione di precisare in: *Widerstandsfähigkeit kultureller Modelle in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts - Der Begriff der Nutzniessung in der französischen Zivilistik*, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, II (1980). Un testo interessante è offerto da POTHIER nel *Traité du contrat de vente*, P. VI, chap. III, art. 2, n. 547) (in *Oeuvres*, cit., t. I, p. 411) a proposito della vendita del diritto d'usufrutto: «le droit d'usufruit considéré dans sa forme de droit de servitude, ne peut, à la vérité, subsister dans la personne du propriétaire; mais le fond et la substance de ce droit, qui consiste dans celui de jouir de la chose et d'en percevoir les fruits, subsiste en la personne du propriétaire et est renfermé dans son droit de propriété ... Il ne l'a pas, à la vérité, sous la forme d'un droit d'usufruit, non habet usumfructum formalem, mais il l'a sous une autre forme, comme renfermé dans son droit de propriété, habet usumfructum causalem. Lorsqu'il vend l'usufruit de la chose, c'est ce droit qu'il avait de percevoir les fruits de la chose, qu'il vent et qu'il détache de son droit de propriété». Concetti espliciti ribaditi da un vocabolario ('détaché', 'renfermé') estremamente espressivo della costruzione giuridica accettata dal giureconsulto.

(92) POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, chap. I, sect. II, § II (in *Oeuvres*, cit., t. V): «On dira peut-être que le propriétaire d'une chose n'a pas le droit d'hypothèque dans sa chose, *cum nemini res sua pignori esse possit*, comment peut-il donc le donner è un autre? La réponse est facile. Le propriétaire d'une chose n'a pas, à la vérité, un droit d'hypothèque dans sa chose: dans la forme de droit d'hypothèque, il ne l'a pas *formaliter*; mais il a *eminenter*, c'est-à-dire *non quidem iure hypothecae, sed iure dominii*, tout ce en quoi le droit d'hypothèque consiste: car le droit d'hypothèque consiste dans le droit de tenir la chose hypothéquée, et de la vendre. Or, ce droit se trouve renfermé dans le *dominium* qu'a le propriétaire, qui contient pricipalement le droit de disposer de la chose, et par conséquent de la vendre. Puis qu'il a le droit de vendre la chose, il peut transférer ce droit à son créancier qui l'aura, non pas comme le propriétaire l'avait, *iure dominii et in re propria*, mais *iure hypothecae et in re aliena*».

Dominio diretto e dominio utile, diritto reale come *démembrement* costituiscono infatti le invenzioni tecniche provenienti da (e conseguenti a) una sola, vigorosa idea matrice: le situazioni giuridiche sui beni debbono essere espressive della fattualità della cosa; l'ontologia sottostante è quella della natura delle cose (o pretesa tale) più che quella del soggetto. Ed è dalla complessità del fatto 'cosa' che scaturisce la complessità della proprietà, il cui contenuto non può che essere concepito quale somma, più o meno ampia, di facoltà e poteri determinati, che Pothier si prende cura di enumerare in un elenco ricco di almeno sei articolazioni (93).

La rilevanza del bene e dei suoi statuti scritti sulla cosa provoca un'altra conseguenza notabilissima: non si avranno soltanto diversi tipi di proprietà a seconda della sua maggiore o minore *perfezione*, ma altresì a seconda della diversità degli statuti fondamentali dei beni. E il termine *propriété* nel diritto francese dal Cinquecento al Settecento, e anche in Pothier, si relativizza nei contenuti a differenza di quanto era avvenuto nel diritto comune dove al termine tecnico *proprietas* era stata riservata una interpretazione rigorosa e restrittiva (94).

Nei maestri del *mos italicus* la relativizzazione aveva inciso a fondo sul *dominium* fino a individuare una pluralità di *dominia* insistenti sulla stessa cosa «diversis respectibus», cioè in relazione ai diversi aspetti e dimensioni oggettive della cosa. *Proprietas* invece «sempre directa est ... nunquam obliquatur», per usare il linguaggio pittoresco e aguzzo di Baldo (95); *proprietas* è soltanto il *dominium directum*, il *principale dominium*, attribuito al concedente, a colui che potremmo con vocabolo moderno chiamare il titolare capitalista della cosa; di *proprietas* ce n'è una soltanto: all'unicità di lessico corrisponde una perfetta unicità di contenuto.

Diversa è la sorta del termine e della nozione *propriété* nella

---

(93) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 5.

(94) Si vedano le testimonianze offerte da D. WILLOWEIT, *Dominium und proprietas - Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen, und neuzeitlichen, Rechtswissenschaft*, in *Historisches Jahrbuch* (Im Auftrag der Görres-Gesellschaft hrsg. von J. Spoerl), 94 (1974).

(95) Citiamo un testo fra i molti: BALDO, *ad l. Si testamento, ff. de conditionibus institutionum* (D. 28, 7, 2).

prassi e nella cultura francesi e di cui Pothier è una delle ultime manifestazioni. Questa *propriété* ha dei contenuti diversificati a seconda della qualità dei beni: restando al territorio delle cose immobili, la *propriété* di un allodio e quella di una *tenure* sono realtà giuridicamente ben differenziate, e, all'interno di questa seconda, non sono certamente su un medesimo piano la *propriété* del vassallo, del *censitaire*, dello *champartier*. L'unità giuridica della *propriété* è, nel 1771, ancora un futuribile, e sarà la Rivoluzione a realizzarla; facendo diventare tutto allodio, riducendo tutto a proprietà allodiale — ci dice, come abbiamo visto più sopra, Merlin de Douai, dandoci una interpretazione che da un rigoroso punto di vista storico-giuridico è opinabile e forse scorretta, ma che riflette bene la sostanza politica di una grande operazione politica. È infatti soltanto col 1789-90 che si volta pagina nel plurisecolare libro della storia dell'assetto fondiario francese.

Il 'Traité' di Pothier si apre invece malgrado che lo si voglia leggere in modo falsante, con una differenziazione che è un paesaggio di storia vivente: da un lato, i beni allodiali per i quali sussiste «une seule espèce de domaine»; dall'altro, gli «héritages tenus en fief ou en censive» per i quali sussistono due specie di *domaine*. Si dirà: ma Pothier differenzia i *domaines* senza toccare la *propriété*. Siamo d'accordo; e sta qui la finezza giuridica del maestro orleanese, che ha fatto sua formalmente la grande tradizione dei maestri del diritto comune. Ma il risultato concretamente non muta e la relativizzazione contenutistica della *propriété* resta; *propriété* è cioè un termine e nozione che ha contenuti diversi quando è in capo a un titolare di *franc-aleu*, a un titolare di *fief*, a un titolare di *censive*. La diversità strutturale dei beni impressiona, per così dire, la forma giuridica sovrastante, che è formalmente sempre e soltanto 'domaine de propriété', ma a contenuto variabile.

Tiriamo le somme di queste considerazioni: si può qualificare come astratto un simile diritto? Un diritto il cui contenuto varia a seconda della qualità dei beni che ne formano l'oggetto e la cui 'perfezione' è messa in discussione per il variare delle situazioni? Astrattezza del diritto di proprietà vuol dire separazione della forma giuridica dai suoi contenuti concreti, perché suscettibile di ogni possibile contenuto. Il che è perfettamente l'opposto di una proprietà concepita come somma di poteri sia pure estesi a numerosi.

Astrattezza del diritto di proprietà non può non voler dire irrilevanza sulla forma giuridica della qualità dei beni, che può variare senza che varii l'ordine proprietario. Il che è l'opposto di un assetto fondiario in cui trovan spazio legittimamente allodio, feudo e censo. Astrattezza del diritto di proprietà vuol dire che questa è esemplata sul soggetto, riacquistando in questo suo rispecchiarsi la propria compattezza e semplicità. Il che è perfettamente l'opposto di una proprietà concepita come realtà composita, come fascio di diritti reali, presentandosi ora perfetta ora imperfetta a seconda della loro riunione o separazione.

Il fatto che il *dominius directus*, pur con qualche incertezza, sia relegato al rango di «propriétaire de son droit de seigneurie» segnala soltanto l'evoluzione che Pothier e la prevalente dottrina francese settecentesca hanno subìto rispetto allo schema originario del doppio dominio, ma non è certo bastevole per indicarci il trapasso al territorio del 'moderno'. L'estraneità a quel territorio sta esattamente nell'aver concepito il *domaine de superiorité* come *domaine*, come porzione del dominio, interna e non esterna al recesso più geloso della appartenenza, ad esso partecipe perché qualitativamente affine, non ad esso opposto sul piano logico ed estraneo sul piano della costruzione tecnica come faranno i Pandettisti per gli *iura in re aliena*.

Deve ancora scorrere molta acqua sotto i ponti prima che la riflessione giuridica arrivi a conquistare che «die Natur oder das Wesen des Eigenthums liegt in der Abstractheit» (96) e che a queste programmatiche dichiarazioni faccia seguire la costruzione giuridica coerente d'una proprietà tanto depurata da esser concepibile, in idealistica fusione col soggetto, come «der materiellbefugt Wille de subjektiven Individuums in Betreff des Sachindividuums» (97).

Nel nostro Pothier *propriété* è una forma intrisa ancora di

---

(96) Come puntualizza nelle sue 'Pandette' Böcking (citato da W. WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert - III - Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1976, p. 141).

(97) L'espressione, davvero significativa delle fondazioni anche filosofiche della nuova proprietà, è in B.W. LEIST, *Ueber die Natur des Eigenthums*, Jena, 1859, p. 56.

fattualità, continua ad avere un «significato reale», per rifarci al termine di Pašukanis citato non molto a proposito da Scozzafava, si contrassegna per la sua carnalità. Lo stesso richiamo all'*abusus*, alla, in apparenza, illimitatezza acontenutistica dei poteri del *propriétaire* galleggia con scarsa coerenza verso tutta l'architettura tecnico-giuridica che gli è eretta d'intorno.

Il «disposer à son gré d'une chose» non può essere separato da tutto il resto, ma deve, nel contenuto retorico proprio a ogni definizione, essere verificato con tutto il resto, cioè con la costruzione tecnico-giuridica dove — al di là e al di sopra degli stilemi — si misura il giurista, la sua cultura, i suoi modelli reali, la sua forza speculativa, la sua dimensione progettuale. Definizione e costruzione sistematica sono in sostanziale contraddizione, come non possono non essere in contraddizione *abusus* e dominio diviso, il primo tendente a sottolineare la naturale illimitatezza, il secondo la naturale limitatezza dei poteri del proprietario. Il sistema, che reca entrambi nelle sue strutture, è, come già si è detto prima, viziato da una sostanziale e insuperabile aporia. Sopra, la definizione modella un'idea straordinariamente piena di proprietà subordinandone formalmente la pienezza soltanto alla non-lesione dei diritti altrui e alla legge. Sotto, il costume giuridico e la tecnica dei giuristi costruiscono una onnipresenza di diritti altrui e vanificano sostanzialmente la affermata pienezza. Il modello resta affermazione politica senza possibilità di riscontro efficace nella esperienza giuridica, giacché il rinvio all'ordinamento giuridico lo svuota tacitamente dall'interno.

È il vizio, occulto e palese, della civilistica post-medievale fino allo scrollone violento dei Pandettisti, che sgombreranno le spalle del giurista d'un costume consciamente o inconsciamente sempre sopportato. Fino a quel momento, a livello di scienza giuridica, continua il post-medievale, e il moderno si limita a germi, intenzioni, presagimenti sparsi più che a vere edificazioni nuove.

Due considerazioni per quanto concerne il «disposer à son gré» nella descrizione di Pothier: è singolare e in qualche modo contraddittorio che il giurista senta l'esigenza di enumerare prolissamente facoltà e poteri del proprietario. I Pandettisti ottocenteschi si guarderanno bene dal cadere nell'ingenuità di simili elenchi e daranno corpo pieno alla illimitatezza del potere parlando espressamente

della sua *Unbestimmbarkeit* (98); è inoltre singolare che, quando Pothier, al numero quattro della sua enumerazione racconta che il diritto di disporre comprende anche la facoltà «de perdre entièrement sa chose, si bon lui semble», gli unici esempi che egli porta sono quelli del padrone che cancella un pregevole dipinto con uno strato di colore e che getta un libro nel fuoco o lo lacera. Due esempi, cioè, di cose mobili per le quali esiste un solo *domaine de propriété*, come ci ha insegnato il giurista orleanese al primo rigo del primo capitolo del 'Traité'. Si dirà che per gli immobili l'idea della distruzione è più difficilmente pensabile, ed è vero. Ma Pothier aveva forse anche una altra difficoltà: per gli *héritages* avrebbe potuto esemplificare sulla proprietà allodiale, ma l'allodio non è un punto di riferimento credibile per un giurista spiritualmente *coutumier*, che, per giunta, vive in un paese non-allodiale. Egli avrebbe dovuto attingere esempi dalla realtà praticata nell'Orleanese, dai feudi e dalle *censives*, cioè dal *domaine de propriété* dei beni immobili cui è, nella sostanza, dedicato il suo *Traité*. Ma qui il discorso non poteva spingersi troppo oltre, e la retorica della definizione trovava un limite invalicabile nella costruzione giuridica sottostante, una costruzione articolata nell'ossatura fondamentale di più *domaines*. Qui il *propriétaire*, anche se gli si fosse voluto concedere la massima estensione pensabile di poteri, non poteva arrivare sino al potere suicida della distruzione della cosa, giacché glielo impediva la presenza sul bene di un altro personaggio. Se il limite generale della proprietà è di non attentare «au droit d'autrui», lo è tanto più quando l'*altro* soggetto da non ledere non si trova al di là ma al di qua dei confini della appartenenza del bene.

Qualche notazione, alla fine, su specifiche argomentazioni di Scozzafava intorno a scelte tecniche di Pothier avvaloranti la costruzione di una nozione astratta di proprietà, e che, a nostro parere, sono falsanti perché ingigantiscono a torto la figura del nostro giurista, la sollevano, come dicevamo all'inizio, in un immeritato paradiso.

È perfettamente inutile far rilevare che per Pothier «la posses-

(98) Così, per esempio, E. PAGENSTECHER, *Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, Heidelberg, 1857, I, Abth., p. 8.

sion n'ait rien de commun avec le domaine de propriété» (99), frase ulpianea che, per il suo inserimento nella l. Naturaliter del titolo *de acquirenda possessione* del Digesto (100), diventa un topos di tutta la cultura romanistica medievale e post-medievale, appartenendo al consueto vocabolario scarsamente significante di ogni giurista; né mette conto di sottolineare il fatto che «Pothier apre il suo trattato delle cose con la seguente precisazione: «les choses sont corporelles ou incorporelles» (101), conscia o inconscia ripetizione della frase delle istituzioni giustinianee (102) di poi universalmente ripresa senza che si possa attribuirgli alcun significato specifico. Quanto all'affermare che, avendo Pothier rappresentato il titolare del dominio diretto come proprietario del suo diritto, si ha con lui il superamento della vecchia concezione romana che coglieva nella *res corporalis* il solo oggetto passibile di proprietà (103), non si può non richiamare quanto abbiamo rilevato più sopra a proposito di Dumoulin e della dottrina *coutumière* francese del Cinquecento (104). Aggiungendo che il tema del *dominium iuris* è, sulla scorta di talune fonti classiche, uno dei problemi più dibattuti della grande *iurisprudentia* di diritto comune, e che già Bartolo aveva ritenuto di dover costruire accanto a un *dominium* «proprie» anche un *dominium* «largissime» per potervi ricomprendere le situazioni dominative aventi ad oggetto un diritto, ossia una *res incorporalis* (105); che, comunque, già nel tardo diritto comune era affiorata una tendenza (per esempio, in Mariano Socini il giovane) decisamente estensiva della nozione di oggetto di proprietà, una proprietà intesa ovviamente nella sua accezione tecnica più rigorosa (106).

Intendiamo dire che uno sguardo che fosse andato oltre Pothier,

---

(99) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 222.

(100) D. 41, 2, 12, 1.

(101) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 228; ID., *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 341.

(102) Inst. 2, 2, 1.

(103) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 224.

(104) Cfr. più sopra, alla pag. 399 ss.

(105) BARTOLO, *ad l. Si quis vi § Differentia, ff. de acquirenda et retinenda possessione*, n. 4 (D. 41, 2, 17).

(106) Mariano SOCINI JUN, *ad l. Naturaliter, § Hihil commune, ff. de acquirenda et retinenda possessione*, soprattutto n. 41 ss.

dietro Pothier, avrebbe evitato di attribuire primogeniture, cogliendo nelle invenzioni tecniche del giureconsulto orleanese echi e traccie di secolari dibattiti. Paul Viollet, nella franca e aspra polemica contro Fustel de Coulanges ma più generalmente contro il metodo di Fustel rivolge un pressante invito allo storico del diritto: «N'isolons jamais; rapprochons tousjours» (107). Il singolo personaggio — anche egregio, com'è senza dubbio Pothier — va interpretato come la tessera nel mosaico, ossia al centro di un tessuto di tradizioni, di modelli, di itinerari; unicamente a queste condizioni le patenti di novità e di originalità saranno storiograficamente appaganti perché storicamente fondate.

6. Tiriamo la fila delle pagine accumulate: la 'proprietà' di Pothier è dunque costruita sulla nozione di dominio utile, così come si presentava agli occhi del giurista in quel tardo Settecento francese, è il dominio utile rafforzato e deformato da molti secoli di sedimentazioni. A questo il maestro orleanese soprattutto pensa scrivendo il suo 'Traité', perché è questo il tessuto proprietario vivo della regione circostante; l'allodio resta un accenno doveroso nel quadro complessivo, ma è più un'ipotesi teorica che una porzione di esperienza vissuta: nell'orleanese ogni terra si presume soggetta al regime signoriale e chi ne pretende la allodialità deve provarla. 'Nulle terre sans seigneur' (108). A Pothier, che non ama i modelli astratti, che ha del diritto una sana visione funzionale, interessa ben poco. Il dominio diretto, al contrario, è ormai diventato una sorta di *ius in re*, ma sulla base di un'operazione che è il capovolgimento puro e semplice di quanto si sosteneva in alcune correnti della giurisprudenza medievale che volevano il dominio utile equiparato a un semplice diritto reale.

Siamo agli estremi della storia del dominio diviso, ma siamo ancora all'interno di questa storia. Dire infatti che il dominio diretto è uno *ius in re* quando si concepisca la proprietà piena e perfetta

---

(107) Abbiamo ricordato la polemica sul metodo tra Paul Viollet e Fustel de Coulanges in un nostro precedente lavoro: *'Un altro modo di possedere' - L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 148.

(108) È lo stesso Pothier a precisarlo, commentando l'art. 255 della *Coutume d'Orléans* (cfr. *Oeuvres*, cit., t. VII, p. 258, n. 6.

come un fascio di diritti reali, significa semplicemente che il dominio diretto rappresenta la *quantità* minore di dominio e che il *domaine utile - propriété* ne rappresenta la quantità maggiore. Una proprietà simile non ha nulla a che spartire con un «diritto generale ed astratto, completamente affrancato da qualsiasi residuo di carattere naturalistico». È ancora una proprietà divisa, esemplata e costruita sulla cosa, naturalisticamente assai contrassegnata; solo che, in questa divisione, il dominio diretto ha visto erodere la sua quantità, pur restando ancora *domaine, domaine de seigneurie.* L'opposizione logica fra proprietà e diritti reali limitati, che è il tratto distintivo della proprietà moderna, qui è ancora un futuribile, perché è un futuribile la grande opera di formalizzazione e di astrazione della riflessione giuridica del secolo XIX. La grammatica di Pothier in tema di diritti reali è insomma quella di un Dumoulin che lavora nel tardo Settecendo.

Ma, allora, Pothier è da seppellire in mezzo allo stuolo dei tanti giureconsulti francesi ripetitori di vecchi schemi? Ma, allora, è indebito estrarlo dal mucchio e parlarne singolarmente? È da dire con fermezza che questa sarebbe una conclusione avventata e storiograficamente inaccettabile; farebbe cioè il paio con le elevazioni al cielo da cui abbiamo voluto distanziarci all'inizio del nostro saggio. Pothier non è un monotono ripetitore, né può esser fatto scomparire come un'ape operaia nell'alveare dei giuristi del secolo XVIII. Egli è, fra di essi, colui che si assume un ruolo di grande significato storico: la sistemazione del diritto 'privato' francese; è colui che ha gli strumenti intellettuali e culturali per affrontarla e avviarla, anche se la morte gli impedisce di portarla a termine.

In questa operazione sistematrice il meglio delle sue energie si profonde nel campo dove la sua orma è restata duratura e riconoscibile, quello delle obbligazioni e, in particolare, dei contratti, un campo dove il giudizio — tutto sommato — riduttivo che esce da queste nostre pagine potrebbe subire qualche innalzamento di tono. Anche nel ristretto territorio cui oggi guardiamo un dato emerge però evidente e rilevante: sul complicato assetto delle proprietà, di cui è ricco il paesaggio economico-giuridico della Francia di antico regime, Pothier riesce a costruire il suo 'Traité', un 'Traité' che assume a propria piattaforma unitaria il 'domaine de propriété'. Egli ha il merito di metterlo in esponente e autonomizzarlo raccoglien-

dovi sotto un autonomo 'Traité'. L'errore degli apologisti è di non leggere in controluce la sua *propriété*, di rifiutarsi di scorgervi ben inserite dentro le nervature del vecchio dominio utile; l'errore è di idealizzarla, di sottoporla a una palingenesi lustrale alla quale il giurista orleanese non pensò mai, perché vincolato al presente, lettore del suo presente; ma non è certo un travisamento se si sottolinea il rilievo sistematico che Pothier dà alla sua *propriété*, e si segnala la tensione unitaria, pur tra mille complicazioni e contraddizioni, che circola alla base del 'Traité'.

Un intelligente e colto storico francese del diritto in una utile ricerca di qualche anno fa sulle origini dottrinali del *Code civil*, dopo aver parlato con qualche forzatura dell'opera di Domat, di Argou e di Fleury, afferma reciso: «il ne restait plus qu'à établir une théorie générale de la propriété: le mérite devait en revenir à Pothier» (109). Una teoria generale! Il discorso è grosso e impegnativo, e spero che l'ottimo Arnaud se ne sia reso conto.

E innanzi tutto: che vuol dire «établir une théorie générale»? Assai recentemente Uberto Scarpelli ha tentato di rispondere a una simile domanda e ha verificato puntualmente, in pagine pensose e gustose per il fine senso dell'ironia che le sorregge, i tanti, i troppi modi di intendere il sostantivo teoria coniugato con una aggettivazione così rischiosa ed equivoca (110). Ma una cosa è certa: v'è un tratto comune, connaturato, essenziale, che non può non tipizzare ogni teoria generale: le sue architetture, le sue risultanze, le sue finalità prescindono dalla positività di un certo diritto vigente *hic et nunc*, e prescindono perciò anche dalla utilizzazione che ne potrebbe fare la prassi; una teoria generale si connota cioè per il suo scardinamento dalla prassi.

Che è esattamente l'opposto di quanto fa Pothier. Sappiamo che il suo orizzonte è il *droit français*; sappiamo che ha una concezione strumentale del diritto; sappiamo che intende colloquiare con gli operatori, siano essi studenti, giudici, avvocati. Una teoria generale

---

(109) A.J. ARNAUD, *Le origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 186.

(110) U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali - Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1983.

gli è cosa estranea innanzi tutto sul piano caratteriale, che si riversa immediatamente su quello metodologico. La sua sfera d'azione è l'esistente e la sua razionalizzazione, che è un territorio troppo asfittico perché vi alligni il germe di una teoria generale; è invece il terreno tipico della costruzione sistematica.

Se per sistema intendiamo l'organizzazione d'un materiale sparso e vario con un tentativo di riduzione ad unità grazie a strumenti di indole eminentemente razionale, non è forzato qualificare come sistematica l'opera del maestro orleanese. La razionalizzazione e unificazione del *droit français* è senza dubbio la sua meta più alta, alla quale orienta la intera vita sua di studio. Guardando alla proprietà certamente la sistemazione non appare del tutto riuscita e il contenitore assunto a denominatore — appunto il *domaine de propriété* — appare gremito dei contenuti più diversi, gremito di storia che è per l'appunto l'irriducibile avversaria di ogni riduzione sistematica. Proprio perché il sistema di Pothier non è mai forzatura della realtà ma lettura della realtà individuandone e inseguendone le tensioni unificanti ma rispettandone il messaggio storico anche nelle sue contraddizioni, il condizionamento non può non essere pesante quando la realtà, cui il sistema è vincolato, è l'assetto fondiario dell'antico regime, diversificato e stratificato oltre ogni dire, quasi irriducibile nella sua eterogeneità e ricchezza di sfaccettature. E il sistema appare claudicante, composito. Ma lo sforzo del giurista è evidente, ed è il merito storico di Pothier.

Certamente, non una teoria generale né un progetto anticipatore ma un sistema redatto 'aujourd'hui' ([111]), anno di grazia 1771, nella città di Orléans, terra di diritto consuetudinario, felicemente regnante sulla Francia Luigi decimo quinto.

7. Che con Pothier si sia lungo l'itinerario — e si sia fatto ancora un passo inannzi — verso la proprietà moderna lo si può ammettere senza troppe riserve. Il passo innanzi è la sistemazione data alla materia, il punto fermo su di essa, un intero trattato totalmente dedicato al *domaine de propriété* con una attenzione sistematica che è meritevole di forte sottolineatura storica. Si deve

([111]) Come abbiamo notato più sopra, è con questo avverbio temporale che Pothier avvia, datandolo, il primo capitolo del *Traité*.

tuttavia ribadire che la proprietà moderna è oltre Pothier e che la sua opera in tema di diritti reali non costituì affatto «la trascrizione in termini giuridici della polemica antifeudale dei fisiocrati» (112).

Come abbiamo tante volte ripetuto, la proprietà del nostro maestro orleanese è datata, è frutto tipico dell'antico regime. Il 'Traité' pothieriano non può essere isolato dagli altri 'Traités', in mezzo ai quali chiede anzi di essere interpretato; e questi trattati, parlando di feudi, censi, *champarts*, rendite, retratti, propongono un vocabolario e una grammatica complessivi che sono quelli della Francia pre-rivoluzionaria senza anticipazioni avveniristiche. All'interno dello stesso 'Traité du domaine de propriété' non va isolata la definizione ma va collocata sull'edificio giuridico del sistema di situazioni reali costruito a sua fondazione. E infine non va isolato Pothier, ma va raccordato non solo a Domat ma a tutta la coralità dottrinale del *droit français* dal Cinquecento al Settecento.

Da questo osservatorio più ampio, con queste elementari cautele, lo storico del diritto non può che constatare come la costruzione giuridica continui ad essere fatta sul calco del vecchio dominio utile e come la *propriété* di Pothier, pur con tutta la sua evidenza sistematica, sia nient'altro che la *propriété* di cui ci parlano dottrina e prassi francesi dal secolo XVI in poi, magari con una sua maggiore intensità quantitativa. Certamente non è una proprietà colorita di polemica antifeudale, è il *domaine de propriété* come appare all'osservatore giurista nel momento finale del regime signoriale in Francia.

Arnaud invece esulta — e dietro lui Scozzafava — leggendo le pagine di Pothier: «C'est bien du droit subjectif qu'il s'agit ici» (113). La proprietà è pensata come diritto soggettivo (astratto — aggiunge Scozzafava); abbiamo finalmente oltrepassato i confini del 'moderno'.

Non ci sentiremmo di seguire Arnaud e il suo maestro Villey nella parossistica ricerca del primo apparire della nozione di diritto soggettivo e nelle continue (e altrettanto parossistiche) domande se il termine *ius* in questa o quella definizione di *dominium* stia a significare un contenuto di diritto soggettivo. Siamo sconcertati

(112) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 221.
(113) ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, cit., p. 187.

quando Arnaud esclama a proposito della definizione di Bartolo: «que signifie ce jus disponendi? Nicolini l'analyse comme faculté de disposer, ce qui pourrait en faire, dejà, un droit subjectif», esorcizzando immediatamente il mostro con questa ulteriore precisazione: «L'expression latine jus disponendi a valeur de substantif, le gerondif exprimant 'l'idée d'action ... et qui equivaut dans ce cas ... à un substantif abstrait'. Jus disponendi c'est la disposition non pas le pouvoir de disposer. Il y a donc un monde entre cette formule latine et le 'droit de disposer' inscrit dans l'article 544 du Code civil. Cette dernière expression en effet est composée du substantif 'droit', dont depend le verbe 'disposer': toute la force de la formule réside dans le droit auquel se rattache un attribut, en l'occurrence celui de disposer. Le jus disponendi est l'expression d'un rapport, non d'un pouvoir de droit» (114).

La scelta di assumere il diritto soggettivo come idea-guida per ripercorrere l'itinerario del pensiero giuridico romano, medievale e moderno pecca d'ingenuità e la guida rischia di diventare fuorviante. Pecca d'ingenuità, perché è ovvio che, al di là dei termini dell'individualismo moderno, la nozione nel suo significato rigoroso sia un modello ingombrante ed assurdo, alla luce del quale risulta perfettamente inutile verificare istituti e princìpi giuridici; il modello sarà insuscettibile di adattamento su di essi. È chiaro — e non vale la pena, non diciamo di attardarvicisi, né tanto meno di dimostrarlo, ma neanche di precisarlo — che lo *ius* di Bartolo non ha né può avere nulla a che fare con il diritto soggettivo come lo intendono i moderni, e ciò non tanto per le cavillazioni grammaticali di Arnaud sulla scorta del grande Ernout, quanto perché al pianeta di Bartolo è estraneo quel frutto proibito di altro e distante e separato pianeta, che è il diritto soggettivo. Gli esorcismi grammaticali ci sembrano fatica sprecata.

Ma l'incubo del diritto soggettivo non deve farci falsare la voce autentica di Bartolo. Bartolo con *ius disponendi* delinea sommariamente la situazione soggettiva del proprietario, il suo potere in rapporto alla cosa. Non si esorcizza un bel nulla cancellando il potere, come ha fatto il Villey per la nozione classica e medievale di

(114) ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, cit., p. 182.

ius in re ([115]); si forza invece soltanto una situazione storica. Il problema è analizzare quel potere ben al di là delle formule e collocarlo nel gioco di forze (ideali e strutturali) e di interessi propri alla società e alla cultura ad esso contemporanee. Se ci consente l'amico Arnaud, queste prime sue pagine peccano talvolta di formalismo e di nominalismo, come sono viziate di formalismo e di nominalismo le ricerche del Villey sulla storia dei diritti reali. E si badi: chi scrive crede che Villey abbia più di ogni altro capito le radici dell'individualismo giuridico moderno ed è felice di dichiarare il suo debito verso alcune fondamentali ricerche dell'insigne maestro francese.

Inseguire al di sotto del velame delle parole più varie il diritto soggettivo, che non è un assetto concreto della organizzazione giuridica ma un atteggiamento inespresso, inseguirlo quasi per trarne la conclusione che, se v'è diritto soggettivo, ivi c'è individualismo giuridico e un modo 'moderno' di intendere il diritto, significa inoltre correre il rischio di precludersi la visione del globale e di lasciarsi abbacinare dal particolare senza cogliere le grandi linee portanti e fondanti. Uno storico simile ci sembra assai simile a quegli esploratori del tardo medioevo, che di fronte a un principe esotico si preoccupavano soltanto se quegli fosse o non fosse il mitico Prete Gianni; un simile storico misurerebbe — e impoverirebbe tutto — in relazione a uno schema mentale rigido, sterile e particolarizzante.

Ma torniamo al punto che abbiamo diverse volte segnalato: se ci arrestiamo, come fa Arnaud, alla definizione di Pothier, questa è la definizione tralatizia che, risalendo all'indietro, troviamo nella *Encyclopédie*, nei *Dictionnaires*, nei maestri francesi su su fino a Hotman, e, in generale, più ancora fino a Zasius; una definizione che indica con precisione la nuova antropologia della proprietà, ma che non basta per indicarci la nuova costruzione giuridica della pro-

---

([115]) Tra la vasta e varia produzione dedicata al tema da Michel Villey ci sembrano particolarmente significativi: *Du sens de l'expression ius in re en droit romain classique,*, in *Mélanges Fernand De Visscher*, II, Bruxelles, 1949, e *Le 'ius in re' du droit romain classique au droit moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris, 1950. Una serena valutazione critica della tesi del Villey può reperirsi in G. PUGLIESE, *'Res corporales', 'res incorporales', e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, s.d. Dello stesso autore si veda anche l'ampia voce *Diritti reali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964.

prietà; anzi, essa galleggia su una costruzione che gli è fondamentalmente estranea. Siamo sulla strada verso la proprietà moderna, in una zona colma di contraddizioni, in cui vengono a coesistere una antropologia nuova insieme a una grammatica giuridica vecchia.

Dal punto di vista rigorosamente giuridico il 'moderno' ha da venire: avremo una proprietà moderna quando si sarà spogliata — ci sia perdonato il discorso apparentemente lapalissiano — di ogni residuo medievale. Certamente, innanzi tutto, quando avremo una proprietà costruita sul soggetto e per il soggetto e, conseguentemente, quando la vedremo saltare di piano, quando dal modesto livello economico-giuridico, essa ascenderà al cielo delle nozioni etico-politiche; quando non è più soltanto un fenomeno organizzativo concreto di concreti assetti economici ma un vessillo che si libra alto sugli assetti economici, e perciò astratto, e perciò acontenutistico; quando, in derivazione da questa filosofia, la si costruisce sul piano tecnico-giuridico veramente, autenticamente, unica ed assoluta, senza compromissioni con larve di *domaines* coesistenti; quando — ed è qui il segreto essenziale — se ne riscopre la *semplicità*, si fa di essa il più *semplice* degli istituti giuridici come *semplice* nella sua unilinearità è il soggetto da cui deriva e su cui si esempla; quando, pertanto, a livello sempre di architettura tecnica, la si differenzia, senza un'ombra, senza una perplessità, senza una compromissione, non marginalmente ma essenzialmente, non quantitativamente ma qualitativamente, da ogni altro diritto reale e se ne fa di ogni altro diritto reale l'*oppositum* logico. Una proprietà 'moderna' non può aver nulla a che spartire con l'usufrutto, le servitù prediali, l'ipoteca, e via dicendo. Perché la prima si legittima nel cielo delle nozioni etiche, gli altri — tutti gli altri — si collocano nella bassa corte degli assetti economici.

Certamente, questa proprietà è una conquista, né facile né veloce, ed è una conquista che non si realizza ancora con Pothier. Con lui la scienza giuridica moderna è ancora nel pantano di una aporia fondamentale, che vede in relazione di incoerenza, al di sopra, le certezze antropologiche, al di sotto, l'inerzia del costume giuridico. È una conquista, e come tutte le conquiste non è l'affioramento di un termine, di un concetto; è, al contrario, un complesso di idealità e di tecniche che si uniscono e che, nel loro annodamento e nella loro reciproca armonia, ci rilevano l'avvenuto crollo delle

mura della cittadella antica. Il diritto soggettivo astratto è, per un verso, un aspetto parziale, per un altro, un esito finale. Certamente un segnale assai squillante, ma non separabile da un contesto più ampio, che lo precede e lo legittima storicamente; e lo storico farebbe bene a guardare innanzi tutto a questo prima di isolare il suo sguardo su derivazioni e formalizzazioni: 'N'isolons jamais, rapprochons toujours'.

Considerazioni affatto analoghe ci sembra di poter spendere sulla individuazione del 'moderno' della proprietà in questo o quell'aspetto isolato, in una sorta di zelo istologico rispetto al quale lo storico si sente giustamente a disagio; come quando Scozzafava (116) — e con lui altri (117) — insistono con vigore sullo *ius excludendi*. Non è questa la sede per discutere del volto tipico della proprietà moderna, anche se non possiamo fare a meno di rilevare che questa giovane civilistica ha eccessivamente esasperato ed esaltato il problema della apertura e chiusura dei fondi sotto l'impressione intensa di una storiografia soprattutto inglese (118) incentrata sul tema delle *enclosures*, che Oltremanica è vissuto in modo sensibilmente diverso che sul continente. Il discorso sarebbe necessariamente lungo e complesso e richiederebbe l'esame di una ampia documentazione, né possiamo qui andare oltre l'accenno fatto. Abbiamo però il dovere di proseguirlo per quanto attiene al nostro Pothier.

Nel quadro esasperato che ce ne dà Scozzafava, il giureconsulto orleanese ha di fronte «un assetto economico, che non conosce proprietari» (119), e questo è falsante. Perché, se si vuol dire che nella Francia del tardo settecento imperavano i dominii collettivi, questo è troppo; se si vuol dire invece che Pothier ha intorno a sé strutture proprietarie che non si connotano ancora dei caratteri della proprietà individualistica moderna, questo è vero, ma è una smentita della tesi centrale di Scozzafava, perché la prima delle proprietà

---

(116) SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., pp. 333-334; ID., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., pp. 225 ss.

(117) Così, ma più sfumatamente, SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., *p. 7*.

(118) Ma anche di M. BLOCH, *La fine della comunità e la nascita dell'individualismo agrario nella Francia del XVIII secolo* (trad. ital. di Z. Zardin), Milano, 1978, che pure precisa abbastanza il quadro complessivo (pp. 17-18).

(119) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 220.

non-moderne è proprio quel *domaine de propriété* che Pother non crea *contro* la realtà ma sistema e organizza teoreticamente *sulla* realtà dell'antico regime. Questa seconda è la diagnosi da fare ma deve ricomprendere anche la proprietà disegnata nel 'Traité': trattato che — lo sappiamo bene — non parla che occasionalmente degli allodii, mentre si diffonde ampiamente su quelle proprietà che non sono altro che lo sviluppo e la deformazione del vecchio dominio utile, e del vecchio dominio utile serbano l'inconfondibile carattere. Proprietà che sono tutte imperfette in quanto proprietà di vassalli, di *censitaires*, di *champartiers*. E, come tali, *propriétés* che non possono contrassegnarsi per un rigoroso *ius excludendi*. Se non v'è *ius excludendi* per il fondo sottoposto a un diritto d'uso collettivo — per esempio, alla diffusa *vaine pâture* —, non v'è ugualmente per il normale *domaine de propriété* di cui tratta Pothier, perché è costituzionalmente sottoposto a un numero non irrilevante di diritti del *seigneur tresfoncier*: basti dire che questi sulla *propriété censitaire* avrà pieno diritto di cacciare e, in modo più ristretto, lo avrà anche nel fondo feudale, rompendo la gelosa chiusura della terra in 'proprietà' ([120]); e avrà, a certe condizioni, partecipazione al tesoro e alle *épaves*, ossia alle cose smarrite, rinvenuti nel fondo ([121]). La propriété di Pothier ha delle breccie non occasionali ma naturali nei suoi confini, ed è ovvio che sia così, perché essa è pensata come un *domaine* in necessaria posizione dialettica con un altro *domaine* concorrente. Non dobbiamo infatti mai dimenticarci quanto Pothier stesso tiene a dichiarare in apertura del 'trattato' e che mette a fuoco la reale portata dell'istituto: «c'est, à l'egard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété». La proprietà perfetta, che coincide con l'allodio, esiste, ma è più un modello lontano che il calco presente e vigente su cui il giurista plasma l'istituto.

Una parola sola, infine, sullo spazio e sul ruolo dello *ius excludendi* nell'àmbito della definizione pothieriana di proprietà. Storicamente è il punto che meno ci interessa, il più formale, ma conviene affrontarlo perché Scozzafava vi fa gran conto esagerando quello spazio e quel ruolo. Una prima considerazione è che l'aspetto

---

([120]) Cfr. quanto abbiamo precisato più sopra alla pagina 411.

([121]) Cfr. quanto dice POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. II, art. IV, n. 64 e 67.

della esclusività è estraneo alla definizione in senso stretto, dove l'essenza dell'istituto è còlta unicamente nel «droit de disposer à son gré d'une chose». La seconda considerazione è che si parla di esclusività da parte di Pothier soltanto per giustificare il termine 'propriété' costruito sull'aggettivo 'propre'. L'evocazione della esclusività è soltanto indiretta e non legittima enfatizzazioni. La terza considerazione è che, nella enumerazione delle facoltà contenute entro il diritto complesso di proprietà — una enumerazione scandita in sei puntualizzazioni — l'esclusività è menzionata soltanto nella quinta scomparendo quindi nell'ampio novero delle altre, ed è menzionata non con un'affermazione sonora e recisa ma in tutta la sua relatività: sia l'esplicito riferimento agli *usages* convenzionali, sia quello assai generico a 'quelque droit de servitude' come circostanze che fanno venir meno il requisito lo relativizza non poco (122). Lo *ius excludendi* di Pothier ha insomma la stessa pregnanza di affermazioni che troviamo in definizioni precedenti (123).

Quel che il giurista orleanese aspetta ancora è la compiuta storicizzazione del suo messaggio. Gran sistematico, scrittore chiaro e pulito, Pothier ha avuto, e non poteva non avere, molta fortuna (non sappiamo se dire, eccessiva, ma senza dubbio molta) (124); lo si

---

(122) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 5, dove al 5° punto si segnala: «Le droit d'empêcher tous autres de s'en servir, sauf ceux qui auraient ce droit en vertu de quelque droit de servitude, ou auxquels il en aurait, par quelque convention, concédé un certain usage».

(123) Un esempio fra i molti: LE CARON, *Pandectes ou digestes du droict françois*, l. II, chap. XIX: «Le droict du domaine consiste principalment en trois choses à sçavoir de tenir et posseder la chose et en jouyr, en après d'empescher et repousser tous autres de la jouyssance d'icelle, et finalement de la maintenir, augmenter, diminuer et aliener» (p. 188).

(124) Una grossa fortuna è documentabile presso i redattori del *Code civil* e presso i maestri della scuola esegetica francese, dove si perpetuano ancora non pochi degli equivoci presenti in Pothier e dove la teoria della proprietà non assume ancora quella depurazione fondamentale che permette allo storico di constatare l'approdo di un nuovo corso. Come crediamo di aver dimostrato altrove (cfr. *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, cit., *passim*), sia la *école de l'exégése* (e, dietro di essa, la paleo-civilistica italiana), sia lo stesso *code civil* tradiscono nelle loro articolazioni tecniche un palese imbarazzo di scelte e segnalano il terreno di transito, in cui si pongono, tra vecchio e nuovo. Le certezze filosofiche e politiche non coincidono ancora con un costume giuridico che è da un punto di vista squisitamente tecnico, malgrado

è sempre letto con occhiali deformanti, esaltando ciò che premeva e ignorando ciò che ripugnava, isolando testi da altri connessi che venivano bellamente dimenticati. Per riprendere il discorso iniziale, si è operato una beatificazione immeritata, falsando i pur rilevanti meriti del giureconsulto. Ci sembra però giunta l'ora di un recupero storico, e queste pagine non ad altro mirano limitandosi al grande tema della *propriété*. Forse il recupero, con le sue luci e le sue ombre messe in piena evidenza, ha per taluno il vizio di togliere Pothier dal numero dei purissimi spiriti; per lo storico ha il pregio di ridargli carne e ossa e farne voce autentica del suo tempo.

---

l'espunzione dall'orizzonte del sistema feudale, sostanzialmente quello stesso di Pothier. Le nostre conclusioni, che sono largamente documentate nel saggio sopracitato e che possono essere smentite soltanto sul piano della documentazione ivi offerta, non han convinto un civilista attento ai problemi dei diritti reali, il Comporti, il quale ha tenuto a sottolineare recentissimamente un marcato dissenso (cfr. M. COMPORTI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, XXX (1984), p. 301). Noi non possiamo che ribadire quanto ci sembra essere il tratto caratterizzante di una civilistica — che arriva, in Francia, fino al Laurent e, in Italia, fino a Francesco Saverio Bianchi: lo iato profondo — e la conseguente aporia — fra un programma filosofico-giuridico ripetuto con entusiasmo ma giammai assorbito fino in fondo — galleggiante sopra vecchie indisturbate resistenze — e un impianto architettonico non consequenziale a quel programma e solidamente basato su queste resistenze. Sotto il profilo storico-giuridico non ci sentiremmo proprio di trascurare un simile impianto — unico banco di prova concreto delle concrete scelte dell'intellettuale-giurista — per appagarci di ideali affermazioni novatrici, che non hanno la forza di incidere sul suo lavoro specifico.

TRADIZIONI E MODELLI NELLA SISTEMAZIONE POST-UNITARIA DELLA PROPRIETÁ

Introduzione: La proprietà ottocentesca e il suo modello. — I. *Presenze condizionanti*: 1. L'eredità medievale. La persistenza del modello del diritto comune. — 2. Ambivalenze nelle sistemazioni normative dei Codici. — 3. La riflessione esegetica, la sua retrodatazione culturale, le sue ambiguità. — 4. Il messaggio romagnosiano. — 5. L'analisi di Rosmini in tema di proprietà. — II. *L'analisi della proprietà nella paleocivilistica post-unitaria*: 1. I paleocivilisti italiani: personaggi fra due culture. — 2. La 'filosofia' della proprietà e le sue certezze. — 3. La proprietà-archetipo e le sue molteplici derivazioni. — 4. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e limitabilità. — 5. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e divisibilità. La 'proprietà perfetta' come diritto complesso. — 6. Proprietà e diritto reale. La nozione di frazione della proprietà. La nozione di proprietà 'imperfetta'. — 7. La detipicizzazione del *mio* giuridico. — III. *Nuovi itinerari di ricerca*: 1. Incrinature, incertezze, disarmonie. — 2. Le fondazioni culturali del rinnovamento. — 3. Emersione d'una analisi nuova. — 4. Filomusi Guelfi, ovvero la curiosità intellettuale della comparazione.

Introduzione: *La proprietà ottocentesca e il suo modello.*

Un osservatore superficiale che si appaghi delle enunciazioni sonore avrebbe diritto di credere che il secolo XIX costituisca un completo e perfetto rovesciamento delle conclusioni, dei valori, delle certezze circolanti nel diritto comune e nel vecchio regime sul tema della proprietà e dei diritti reali.

Ai margini iniziali dell'itinerario ottocentesco, quasi a inaugurare il secolo nascente, la voce robusta di Antonio Federico Thibaut e la definizione autorevole del legislatore napoleonico sembravano confermare questa convinzione: a un anno soltanto dallo scoccare del secolo, l'invettiva acre e demolitrice del giureconsulto sassone contro la dottrina del dominio diviso (1) relegava, con aperta irri-

(1) Ci riferiamo al saggio notissimo di Antonio Federico Giusto THIBAUT, *Über dominium directum und utile* inserito nella seconda parte dei suoi *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena, 1817 [2] (rist. anast. Aalen, 1970). La seconda parte dei *Versuche* thibautiani appare, in prima edizione, nel 1801. Su questo saggio si veda ora la

sione, in nome della nuova scienza libera da pregiudizi e immune da errori, questa articolazione fondamentale del sistema medievale dei diritti reali nel novero infamante degli *Undinge* (2) e comunque ben lontano dagli armoniosi *Begriffe* strutturanti lo *eigenthliches wahres Eigenthum* (3); all'interno di un maestoso impianto normativo, l'art. 544 del *Code civil*, isolatamente considerato, sembrava per suo conto identificarsi con un messaggio tutto proteso ad assolutizzare imperiosamente i poteri dell'*unus dominus* nell'*unum dominium* (4).

É davvero segno che anche sul piano del diritto si sta decisamente voltando pagina? Che anche il legislatore e il giurista traducono, nel territorio delle sistemazioni tecniche che loro particolarmente compete, le conclusioni socio-politiche dell'individualismo settecentesco e della Rivoluzione? Una risposta semplicemente affermativa rischierebbe di collocarsi nel vuoto e vieto luogo comune di coloro che hanno disegnato le linee del diritto codificato facendosi strumento e fondamento soltanto delle proposizioni programmatiche, con l'attenzione ancora tutta presa dalle clamorose premesse d'indole filosofico-politica, senza aggiungervi un controllo e una verifica al vaglio delle scelte tecnico-giuridiche, ossia della costruzione tecnica di certi istituti.

Non sarà invece mai abbastanza ribadito che, almeno per quanto attiene al campo della proprietà e degli altri diritti reali, il terreno storico della prima metà dell'Ottocento (e di buona parte della seconda) è, quasi ovunque in Europa, un singolare spazio di

---

buona esposizione di W. WIEGAND, *Zur theorethischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert - III. Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1976.

(2) Per Thibaut costituisce un *Unding*, cioè un assurdo — e, per di più, un assurdo basato su errori interpretativi di Glossatori e Commentatori —, il fatto che il dominio utile sia stato costruito come «das concurrirende unvolkommene Eigenthum des Vasallen, Emphyteuta und Superficiars» (THIBAUT, *Über dominium directum undutile*, cit., p. 88).

(3) É la terminologia ricorrente monotonamente in quasi ogni pagina del saggio thibautiano. In Thibaut l'onnipresenza del modello tecnico-giuridico classico di proprietà — che incarna appunto il «wahres Eigenthum» — è un dato evidente.

(4) Si integri però quanto qui si dice sul nucleo enunciativo più appariscente dell'articolo con le nostre successive considerazioni del § 2 della Prima Parte.

transizione, e, in quanto tale, gremito di contraddizioni, incoerenze, misoneismi, inespressi o velatamente espressi ma straordinariamente pervicaci nella loro capacità di resistenza.

Il mondo dei diritti reali con le sue soluzioni storiche è, nell'ambito del giuridico, quello meno legato al quotidiano, all'effimero, al transeunte: anche se strettamente connesso alla rappresentazione ideologica del rapporto fra uomo e beni — e, conseguentemente, al variare di quelle rappresentazioni —, tende come proiezione di aspirazioni e interessi gelosissimi a mettere radici più d'ogni altro nel linguaggio e nel costume, a calare profondamente nel patrimonio culturale, a diventare parte essenziale di quel patrimonio; inevitabilmente, tende però anche a persistere al di là dei limiti storici del regime politico e dell'ideologia che lo hanno generato e sorretto, a permanere — in una estrema varietà di percezioni che vanno dal consapevole all'inconscio — ben fitto nella coscienza del giurista riaffiorando prepotente quando meno uno se lo aspetti.

É questo il risultato — forse sorprendente ma indubbio — che consegue lo storico del diritto che guardi al tessuto costruttivo con cui i giuristi e, in parte, anche i legislatori hanno sistemato per una larga zona dell'Ottocento, anche a molta distanza dalle Dichiarazioni francesi e dal *Code civil*, la 'logica' della proprietà e dei cosiddetti diritti reali su cosa altrui; hanno cioè strutturato un sistema di situazioni reali.

É agevole constatare che, in fatto di proprietà, l'Ottocento tarda a costruire un modello teorico che rappresenti una risposta tecnico-giuridica coerente al modello socio-politico perfezionato e assestato, passo a passo, dall'umanesimo in poi.

Ai primi del secolo XIX il modello socio-politico della proprietà — espressione genuina del cosiddetto individualismo possessivo (5)

(5) Si accoglie qui la terminologia di C. B. MACPHERSON, *The political theory of possessive Individualism — Hobbes to Locke*, London, 1962 (il volume è tradotto, com'è noto, in italiano con un titolo scialbamente stemperato: *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese — La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. di S. Borutti, Milano, 1973). Il termine di individualismo possessivo ci sembra bene indicare — assai oltre i limiti specifici nei quali l'ha còlto Macpherson — il carattere saliente di un assetto sociale proteso a costruire il proprio edificio giuridico sulla solida pietra angolare d'un individuo che afferma se stesso prevalentemente nella sua dimensione possessiva o, per dir meglio, proprietaria; in cui alla proprietà spetta quindi — di

— è perfettamente compiuto: filtrato e decantato nei mille rivoli della riflessione giusnaturalista, irrobustito nelle lotte politiche, reso efficace dalle ormai riposate conquiste della borghesia, assurge alla lucidità di vero e proprio modello teorico; e le Carte dei diritti lo prendono in consegna e lo certificano.

Ma si tratta pur sempre di un modello etico-politico e sociologico; si tratta pur sempre e soltanto di una premessa per il modello tecnico-giuridico. Ai giuristi spetta, ancora ai primi dell'Ottocento, l'officio di trapiantare quel modello dal mondo generico delle latissime cornici culturali nel quadro specifico e inequivoco della cultura e delle tecniche del diritto positivo; ed è un compito, per buona parte, intatto.

Gli interpreti precedenti lo avevano sostanzialmente eluso (6) irretiti nelle maglie di un discorso giuridico retrodatato ma ancora applicato nella prassi; ne è un esempio la testimonianza di quei giuristi del cosiddetto 'diritto razionale' (come Pufendorf), in cui la distinzione fra dominio diretto e dominio utile permane, e permane come segno indubbiamente di intima contraddizione anche se non di «ein höchst lächerliches und sinnloses Verfahren», come vorrebbe sprezzante Thibaut (7); ne è un esempio Pothier, che, alle soglie dei Codici, ci ripropone la teorica del dominio diviso, anche se oramai tutta spostata a favore dell'utilista come proprietario sostanziale della cosa (8).

La dottrina ottocentesca — pur col presupposto di ferme

---

per sé — un ruolo primario e al proprietario una posizione di rilievo nella società. L'utilizzazione della terminologia macphersoniana e la sua proiezione su di un piano più generale non significano però da parte nostra adesione alla particolare interpretazione lockiana di Macpherson, su cui — per esempio — ha espresso in Italia pesanti, precise, motivate riserve Norberto BOBBIO, *Studi lockiani*, in *Rivista storica italiana*, LXXVII (1965), ora in *Da Hobbes a Marx - Saggi di storia della filosofia*, Napoli, 1965, p. 108 ss.

(6) Tutt'al più a un livello — come si direbbe oggi — di politica del diritto il modello era stato in certo modo prefigurato da qualche lucido giusnaturalista e da qualche provveduto compilatore del *Code civil*.

(7) THIBAUT, *Über dominium directum und utile*, cit., p. 78. Sulla dottrina del dominio diviso nella riflessione giusnaturalistica si veda H. WAGNER, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*, Breslau, 1938 (*Untersuchungen zur deutschen Staat - und Rechtsgeschichte*, 149. H.).

(8) R. J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, chap. I, *passim*, in *Oeuvres*, t. V, Bruxelles, 1831, p. 210 ss.

premesse filosofiche e politiche, pur col presupposto d'una legislazione che recava tracce chiare degli indirizzi economici e politici circolanti, pur col bagaglio di incrinature e di consapevolezze presenti Oltralpe nella stessa riflessione giuridica sei-settecentesca — non risponderà pienamente a questo compito, e si trascinerà per buona parte del secolo in un rimasticamento di vecchie impostazioni legate al modello medievale di proprietà, condite con le nuove certezze, in un quadro sistematico non privo di contraddizioni e di incoerenze. Conclusione questa — è appena il caso di aggiungerlo — che ricomprende la civilistica italiana post-unitaria (e addirittura taluni filoni di essa sino a fine Ottocento), ossia l'oggetto del presente contributo.

La dottrina giuridica ottocentesca — e, tra essa, dunque, anche quella italiana — dimostra di non avere né la capacità né la possibilità per strutturare un modello giuridico combaciante perfettamente con quello filosofico-politico, per chiarire e fissare a livello del diritto il problema proprietà, così come era stato chiarito e fissato nei programmi politologici e sociologici; dimostra di essere ipotecata da quel complesso rilevantissimo di scelte che, in fatto di rapporti fra uomo e beni, la esperienza medievale aveva compiuto.

Il modello filosofico chiedeva al giurista la costruzione di una proprietà rigorosamente individuale, pensata come situazione al massimo grado indipendente e piena, il più possibile 'assolutizzata' (tanto per adoperare una nozione che correrà usuale per molti dei Codici ottocenteschi), il più possibile monolitica, il più possibile stabile. E premeva sul giurista per orientarlo in due direzioni tecniche ben precisate: da un lato, costruzione della proprietà come situazione qualitativamente diversa, intrinsecamente diversa, dal restante fascio dei diritti reali; dall'altro, e conseguentemente, separazione concettuale fra quella e questi, con la tendenza marcata a fare anzi di quella e di questi una sorta di dati antitetici, in un vero e proprio rapporto d'opposizione di carattere squisitamente logico.

Il ceto dei giuristi non rispose all'appello: certamente non sul piano della riflessione scientifica, ma nemmeno interamente sul piano della legislazione, su cui le incertezze dottrinali ebbero il loro peso.

A questa mancata risposta, alla difficoltà di formazione del nuovo modello tecnico-giuridico, alla presenza di condizionamenti pesanti sulla riflessione giuridica in tema di proprietà, è dedicato

questo saggio; che è incentrato, com'è chiaro sin nel titolo, sulla civilistica italiana dopo la realizzazione dell'unità politica e legislativa, ma che non potrà pretermettere uno sguardo più ampio sia a certi presupposti che si maturano in precedenza e che costituiscono, a nostro avviso, strumenti elementari e indispensabili di comprensione, sia alla generale condizione di altre riflessioni europee concomitanti (in modo particolare, quella tedesca), per la loro incidenza sui civilisti di casa nostra.

In questa linea interpretativa e da questo angolo d'osservazione or ora precisato, cercheremo di analizzare una testimonianza scientifica fino ad oggi esaminata e utilizzata in modo decisamente antistorico, fraintesa nel suo volto culturale, e ormai collocata tra le anticaglie da rigattiere della nostra storia giuridica recente.

Non è una testimonianza di robusti costruttori, il cui messaggio abbia una sua durevolezza attraverso il tempo; è una dottrina, al contrario, la cui validità è tutta sul piano storico-giuridico, perché specchio fedele e puntuale della grossa crisi di assestamento che la *jurisprudentia* subisce nel trapasso dall'antico regime al diritto codificato. Solo se si valuterà questa riflessione alla luce di un lungo, profondo travaglio interno alla cultura giuridica ottocentesca; solo se la collocheremo al mezzo della frizione tra schemi conoscitivi risalenti ormai calati nella coscienza dell'operatore giuridico ed esigenze nuove e innovatrici, noi potremo autenticamente storicizzarla e anche valorizzarla. Con le sue incoerenze e le sue contraddittorietà essa è impegnata, talora inconsciamente e talora lucidamente, in una non trascurabile opera di mediazione. Nella realizzazione di quest'opera è soprattutto il suo momento positivo, il suo apporto storico, giacché vi si utilizzeranno accanto ai normali strumenti artigianali del giurista tutti i ricorsi culturali — per vero modesti — che erano offerti dalla speculazione filosofica italiana.

Valgano infine due precisazioni a indicare con chiarezza i limiti del nostro discorso.

La prima concerne l'angolo d'osservazione. Infatti non si intende guardare, nelle pagine che seguono, a tutto il cospicuo materiale relativo alla disciplina della proprietà e degli altri diritti reali. Quel che ci interessa è il problema della costruzione di un modello tecnico-giuridico di proprietà, il peso e l'incidenza di modelli precedenti, le difficoltà le resistenze le tentazioni culturali in tutta

quest'opera formativa. Da un punto di vista di rigorosa conoscenza giuridica, si guarderà pertanto soprattutto al procedimento sistematore del giurista scandito in due dimensioni strettamente connesse: l'analisi strutturale dell'istituto proprietà e, in primo luogo, il tentativo di identificazione di quel contenuto minimo sufficiente a qualificare una determinata situazione soggettiva come proprietà; l'analisi confinativa dell'istituto nei suoi nessi e nelle sue differenziazioni con istituti vicini, in particolare la costruzione logica della proprietà operata sulla base d'una assimilazione o d'una separazione concettuale con quelli che poi si sarebbero usualmente chiamati diritti reali limitati. Ne scaturirà netta, nella sua ispirazione di fondo, l'immagine del modello tecnico prescelto.

La seconda precisazione riguarda il terreno storico che si assume a oggetto dell'indagine. Quando si dice che la ricerca verterà sulla riflessione giuridica post-unitaria, si fornisce infatti una indicazione di per sé assai vaga, essendo chiaro solo il riferimento iniziale, che fa capo all'unità politica del Regno e all'unificazione legislativa maturantisi, l'una dopo l'altra, nel giro di pochi anni. Mentre non è agevolmente isolabile un riferimento finale: se, nel primo decennio dopo l'unità, la dottrina mostra una sua generale compattezza, successivamente, anche per il diffondersi d'un modello teorico profondamente rinnovato che la matura Pandettistica finalmente riesce a costruire, il panorama si fa più variegato, e cominciano a correre paralleli sino agli ultimi anni del secolo due filoni di analisi, che si contrappongono nelle loro fonti di ispirazione e nel loro archetipo fondante. All'incirca il transito del secolo potrebbe essere assunto correttamente quale capo estremo del nostro discorso; e non già perché rappresenti una data in sé significativa per la storia della scienza giuridica italiana, ma perché ivi, concretamente, accanto al filone innovatore, la vecchia corrente post-unitaria ha le sue manifestazioni estreme, e già pervase da una crisi sottile: il corso senese sulle servitù, dettato da Paolo Emilio Bensa nel 1899, è esemplare di quanto ora si constatava, e confirmativo della legittimità d'un simile confine temporale (9).

Infine, una annotazione terminologica: la dizione di 'civilistica post-unitaria', pur con le precisazioni temporali ora offerte, rischia di

(9) Cfr. più avanti, P. III, § 1.

mantenere all'interno della ricerca una sua eccessiva vaghezza proponendosi formalmente come dizione comprensiva anche di quel filone innovatore che ha origine con alcune testimonianze in anni risalenti — gli anni Settanta — che appartengono, di fatto, al periodo successivo alla Unità. Per togliere ogni equivoco, per comodo d'intelligenza, qualificheremo d'ora in avanti come paleocivilistica italiana la grande corrente dottrinale che è particolarmente espressiva del periodo post'unitario e che è in questo prevalente, quella cui è dedicata la parte centrale del nostro lavoro. Chiameremo neocivilistica il filone innovatore che, anche se inizia a prosperare contemporaneamente all'opera dei paleocivilisti, ha però uno sviluppo che lo porteranno ben oltre i termini temporali dell'Ottocento. Il riferimento 'post-unitario' resterà invece nella intitolazione generale, proprio perché il lavoro, accanto all'indagine centrale, serba un'ultima parte destinata ad accennare al sorgere del nuovo orientamento in polemica con le conclusioni consolidate dei paleocivilisti.

L'itinerario che la scienza italiana del diritto civile percorre dalla metà alla fine del secolo XIX è soprattutto un gioco di motivazioni, di propulsioni, di resistenze, che si originano all'interno della stessa cultura giuridica e che denunciano l'autonomia delle forze culturali sollecitanti il movimento, la varietà, la complessità degli approcci conoscitivi del giurista; una varietà e una complessità che mal comprenderebbe chi, non rispettando le venature autonome della *scientia juris*, volesse ad ogni costo vincolare le avventure intellettuali dei giuristi ad assestamenti strutturali, eventi politici, coscienza ideologica, e non cercasse di cogliere certe palesi dissonanze usando una tastiera interpretativa senza preclusioni, con una disponibilità piena a identificare — accanto ai tradimenti e alle mistificazioni dell'operatore giuridico — i suoi momenti di autonomia come uomo di cultura e cioè come ricercatore della propria verità.

Nell'ottica di una simile disponibilità — la sola che possa conseguire una completa storicizzazione delle costruzioni dottrinali — l'indagine affronterà innanzi tutto alcune presenze condizionanti che pesano sulla cultura e sulle certezze tecniche della paleocivilistica italiana e che, a nostro avviso, si presuppongono a una sua corretta comprensione. Sgombrato così il passo, sarà men difficile e più piano ricostruire il non semplice e non univoco cammino dei giuristi.

I. *Presenze condizionanti.*

1. Nel cuore del civilista ottocentesco — e, con particolare efficacia, del civilista italiano ([10]) — riposava ancora il vecchio schema di approccio con la realtà, che abbiamo chiamato, per comodo d'intelligenza, modello medievale ([11]).

Il modello medievale, elaborato monodicamente con una intensa lentezza da generazioni di interpreti fra il secolo dodicesimo e il quindicesimo, costituiva la risposta storica di un ceto di giuristi ben inserito nella società del proprio tempo e consapevole al massimo grado dei valori e delle esigenze di quella società. Un modello che non rappresentava soltanto il frutto d'una analisi e d'una elaborazione assai raffinate sotto il profilo tecnico, ma che si mo-

---

([10]) Per facilmente intuibili ragioni di indole storica. L'Italia resta terra di diritto comune fino alle consolidazioni settecentesche; in taluni territorii, come negli Stati Pontificii e nel Granducato di Toscana, occorrerà attendere l'unificazione politica e legislativa del secondo Ottocento perché venga meno, nel campo del diritto privato, la vigenza dello *ius commune*.

([11]) Su questo modello — inteso come lo schema di traduzione teorica elaborato da un ceto di giuristi per organizzare, sistemare e anche concettualizzare a livello e in termini di rigorosa conoscenza giuridica un insieme di percezioni e di approcci presenti in una determinata esperienza sociale e in quella consolidati — gli storici del diritto hanno assai poco lavorato. La loro attenzione non è quasi mai scesa a un analisi 'interna' dell'istituto, al suo assetto interiore, nel quale si possono cogliere in atto gli strumenti di conoscenza giuridica del giurista; e la loro preoccupazione scientifica non ha mai toccato l'orditura della costruzione giuridica della proprietà e degli altri diritti reali. Anche in studi ampiamente meditati — come quello di U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità - Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1940 — il problema è esaminato, per così dire, dall'esterno, nella sua dimensione pubblicistica, e diventa il problema della frizione fra potere privato e potere pubblico. Chi scrive ha impostato un primo tentativo di analisi in alcuni contributi, che ricordiamo qui di seguito: P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus - Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963; ID., *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus*, N.S., XVIII (1967); ID., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*, Padova, 1968. Come ha tentato una prima analisi storica della costruzione di un modello moderno di proprietà in *Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972) e in *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* - Atti dell'Incontro di studio, Firenze 16-19 ottobre 1972, Milano, 1973.

strava intimamente sorretto da una grossa sensibilità per il sociale e per l'economico; per questo, mai irrigidito e nemmeno irrigidibile in schemi troppo stretti e troppo fissi, ma — al contrario — struttura estremamente elastica, invenzione geniale di empirici d'alto rango, e perciò ricevibile e digeribile nei contesti più svariati.

Un simile modello era destinato a metter radici nel costume medievale di cui era la fedele traduzione giuridica, e anche — per la duttilità estrema del suo schema portante — a proiettarsi con vitalità oltre i termini storici in cui s'era originato e sviluppato. Ancora nel Settecento, ancora nell'Ottocento, nei territori a diritto non codificato, è un modello che persiste e che dimostra la sua straordinaria resistenza malgrado i mutamenti strutturali e la circolazione di nuove idee. Sarà bene rendersi conto della sua immagine essenziale.

Nel diritto comune classico la costruzione di un rinnovato modello proprietario non trova certamente il suo stimolo in tentazioni e sollecitazioni 'umanistiche'. Entro il capillare lavorio degli interpreti la fondazione romana e *stricto sensu* romanistica assume il carattere formale di semplice momento di validità del proprio discorso, momento formalmente autoritativo e nulla più; parimente, le affermazioni sonore che constatiamo affiorare qua e là — sul calco romano — circa la assolutezza dei poteri del proprietario assumono il rango modesto di esercitazioni retoriche quasi disarticolate dalla costruzione sostanziale in cui la *jurisprudentia* è totalmente impegnata.

Chi pensasse di ricostruire il modello di azione intellettuale del giurista medievale partendo da quelle enunciazioni delineerebbe un sistema giuridico, magari armonico e compiuto, ma galleggiante nel vuoto e privo di solidi nessi con l'esperienza storica, si prefigurerebbe uno schermo di validità celante dietro di sé le scelte sostanziali operate nella dimensione dell'effettivo. Il modello che viene invece preteso da questa dimensione — la sola che conti per quel convinto realista che è il giureconsulto medievale — e che emerge chiaro, più che dalle riverenze liminali, dal viluppo organico del sistema dei diritti reali è quello di una proprietà costruita dal basso, non in nome e per conto del soggetto sovrano per tiranneggiare le cose, ma dalle cose e sulle cose in assoluta coerenza con la natura oggettiva del reale; una proprietà cioè che, deponendo ogni venatura etica, riacquista il carattere di nozione tutta economica, di strumento provvido della organizzazione dei beni.

Nasce il nuovo schema teorico da una osservazione attenta delle cose, dei loro meccanismi interni, delle loro regole indiscutibili. In un mondo che sta riedificando le proprie fondazioni, che sta riconquistando la terra e creando nuove strutture economiche, in cui non c'è posto per individualismi particolaristici ma in cui anche nei programmi filosofici si conclama il primato dell'ordine cosmico e storico sull'individuo, è alla cosa, al fatto, alle sue istanze, che spetta un ruolo di protagonista e di fonte dell'ordinamento giuridico. Non l'ombra del soggetto agente, còlta nella sua piattezza che sembra fatta apposta per essere calpestata, ma una realtà vitale e condizionante capace di imporre le proprie regole e di determinare l'edificio soprastante.

Nell'analisi che il giurista disponibile compie con tutta umiltà, la cosa appare con uno spessore rilevante; non ha soltanto una dimensione sostantiva, ma utilitaria, non è soltanto *substantia* ma anche *utilitas*. Premuto da una vita economica dominata dalle esigenze della produzione, l'interprete scopre la cosa come realtà complessa e in nome della sua obbiettiva natura economica la seziona, separa l'*utilitas* dalla *substantia*, in una operazione che è protesa a un solo risultato: la valorizzazione della prima. E si valorizzava l'*utilitas* isolandola dalla assorbenza della *substantia* e autonomizzandola, costruendo da questa dimensione autonoma un relativo potere e costituendola a fonte di quel potere (12).

La proprietà si configurava pertanto non come una sintesi di poteri, ma piuttosto come un complesso di poteri, proprio perché il potere non discendeva dalla unicità del soggetto ma dalla complessità della cosa, e tanti erano i poteri ipotizzabili quante le dimensioni autonome della cosa socialmente e giuridicamente rilevanti; dimensioni molteplici, ma tutte assommantisi nella *substantia* e nella *utilitas*, cui si correlavano il potere di disposizione e il potere di godimento.

La costruzione giuridica della proprietà come un insieme di poteri distinguibili, isolabili, separabili non nasceva cioè, nell'esperienza culturale dello *ius commune*, da un difetto di diagnosi né da una grossolanità di approccio (come da una civilistica recente è stato avventatamente sostenuto), bensì dalla diversa angolatura da cui gli uomini dello *ius commune* han condotto la loro osservazione e

(12) É quanto abbiamo cercato di mettere in luce nel nostro corso su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 144 ss.

successivamente hanno compiuto la loro costruzione. La proprietà non poteva — in un'esperienza aliena da individualismi — modellarsi sul soggetto, ma doveva corrispondere alla complessità della realtà fattuale scomposta e ricomposta *sub specie oeconomiae* prima ancora che *sub specie juris*.

É da questo singolare osservatorio *ex parte rei* e da questa attenzione per le effettive esigenze economiche scritte *in rebus et factis* che si legittima il frutto più consistente della meditazione medievale sul rapporto uomo-beni, ossia la dottrina del dominio diviso ([13]). Se infatti il canone metodico del nostro libero giureconsulto medievale è la valorizzazione dell'effettivo, doveva necessariamente perdere autorevolezza di fronte a lui la proprietà formale spesso ridotta nella vita economica a mero segno catastale, e dovevano ingigantirsi quei diversi poteri sulla cosa, che la *interpretatio* era pur riuscita con risultato rilevante ad autonomizzare entro il *genus* proprietà.

E noi assistiamo, nel diritto comune, malgrado le liminali enunciazioni retoriche sulla proprietà una e piena, ad una dissacrazione della proprietà formale, ad una relativizzazione della nozione di proprietà, a una sua estensione fino a identificarsi con una gamma variissima di poteri, primo fra tutti il potere di godimento. E, a fronte del dominio che si fonda sulla sostanza, ecco delinarsi il suo perfetto contrappunto fondato sulla *utilitas*: nasce il *dominium utile*, uno *Unding* romanistico, figlio della pretesa ignoranza dei Glossatori.

Ma il giureconsulto antico aveva avuto cura di avvertire, a proposito di questo mostro ermeneutico, quasi a indicare il discorso sottostante che lo legittimava: «potius accedit rei quam perso-

---

([13]) Sulla dottrina del dominio diviso nella sua genesi e nella sua formazione attraverso il diritto comune classico, ci sia consentito di rinviare alla sintesi che abbiamo offerto ne *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 160 ss. Sempre pienamente leggibile il saggio di E. MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVe siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique*, in *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, II, che però può avere qualche integrazione da K. LAUTZ, *Entwicklungsgeschichte des dominium utile*, Göttingen, 1916. Ma si confronti ora anche R. FEENSTRA, *Les origines du dominium utile chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani)*, in *Flores legum H. J. Scheltema Antecessori Groningano oblati*, Groningen, 1971 (ora ristampato in *Fata juris romani - Etudes d'histoire du droit*, Leyde, 1974).

nae» (14); e il coro degli interpreti aveva sottolineato che si trattava sostanzialmente di un *dominium in effectu* (15). Si modellava il dominio utile sulle cose, non già sulle persone; a fronte della rigorosamente ontologica unitarietà dell'individuo, era la cosa che aveva rivelato nel suo spaccato un momento statico e un momento dinamico, economicamente e giuridicamente separabili e fonti di distinte proprietà, ciascuna nel suo ordine e nel suo piano perfettamente autonoma.

Svincolato dall'individuo, sottratto alla funzione di presidio della sua libertà, ricompreso ormai in una prevalente dimensione economica, il dominio poteva e doveva con estrema disinvoltura essere moltiplicato. Nel momento poi che lo si identificava con ogni potere autonomo sulla cosa, il salto di qualità fra il *dominium* e i cosiddetti *iura in re aliena* tendeva ad assottigliarsi. Non si poteva più parlare di una contrapposizione di indole logica, essenziale, poiché si trattava sempre di strutture partecipi del *genus* proprietà e coinvolte nella stessa natura. Non c'era insomma più spazio — nel sistema — per la contrapposizione fra un cumulo di situazioni patrimoniali — gli *jura in re aliena* — e la situazione proprietà munita di una sua eticità e cioè di una precisa e decisa componente extrapatrimoniale.

Questo modello medievale — che costituisce, come ognuno può vedere, una singolare soluzione all'eterno problema della proprietà; che è robustamente pensato anche se mai dogmatizzato — non si spegne con l'inaugurazione dell'età nuova, ma, per i motivi sopra segnalati, dimostra una straordinaria capacità di persistenza.

Ai primi dell'Ottocento, se qualcosa è caduto o è messo in discussione, è la sua manifestazione ultima, ossia la divisione del dominio in diretto ed utile, a causa dei legami infamanti che storicamente questa aveva avuto col rapporto feudale, ma resta, ancora abbastanza saldo nella sua fisionomia essenziale pur dopo sette secoli dalla sua genesi, lo stesso approccio del problema, la stessa intelaiatura sistematica, lo stesso concetto fondamentale della relazione fra proprietà e diritti reali limitati.

I giuristi, malgrado il lavoro palingenetico (o preteso tale) del giusnaturalismo e della codificazione, ne hanno intrisa la propria

(14) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 203.

(15) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 194 ss.

coscienza scientifica, se lo trovano calato ben dentro il proprio costume intellettuale. E quando affrontano il tema del rapporto uomo-beni, ritornano — coscientemente o subcoscientemente — alle trame di quel modello, che, attraverso generazioni di giuristi, era penetrato come patrimonio latente anche del giureconsulto nuovo.

La nozione assolutamente corrente di proprietà come «riunione di tutti i diritti del proprietario» e di smembramento del dominio quale denominatore unificante del sistema delle situazioni reali, la riduzione del diritto reale limitato a frazione della proprietà e la costruzione autonoma di questa frazione (dati problematici su cui dovremo tornare a meditare lungamente in seguito), che troviamo circolanti nella scienza giuridica italiana della prima metà dell'Ottocento, appena alle soglie della codificazione unitaria del '65, lo dimostrano in modo non equivoco.

Si apra un testo appartenente all'area del diritto codificato, gli usatissimi 'Elementi di diritto civile patrio' del piemontese Enrico Precerutti, professore all'Ateneo torinese (che sono del '56), e si constaterà, al di sotto dell'ovvio tributo alle statuizioni del Codice sardo, il permanere dello strumentario conoscitivo or ora descritto (16). Ancor più, se si apra un testo che rispecchi un paese praticanteil diritto comune: il 'Saggio di diritto privato romano attuale' di Federigo Del Rosso, professore a Pisa (17), che appare nel 1844, — malgrado la sua sensibilità per la riflessione giusnaturalistica e neo-romanistica — ripete, inserito in un discorso teoricamente impegnativo, la stessa degnità metodica e sistematica (18).

---

(16) Enrico PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, volume primo, Torino, 1855, soprattutto p. 309 e pp. 371-73. Il Precerutti (1821-1879) fu docente di Codice civile alla Facoltà giuridica di Torino e attivamente partecipe ai lavori preparatori del Codice unitario.

(17) Il lunigianese Federigo Del Rosso (1780-1858), dal 1824 lettore all'Università di Pisa dapprima di Istituzioni di diritto canonico, poi di Pandette, è personalità in cui confluiscono fonti ispirative diverse (dalla vecchia, solida tradizione giuridica italiana alle invenzioni neoteriche dello storicismo tedesco) e che metterebbe forse conto di sottrarre a quella totale dimenticanza cui è oggi condannato. Su di lui si veda il remoto discorso commemorativo di Francesco BUONAMICI, *Della vita e delle opere del professore Federigo Del Rosso - Discorso biografico*, Pisa, 1859, ripreso e ampliato in F. BUONAMICI, *Federigo Del Rosso*, in *Annali delle Università Toscane*, vol. XXIV, Pisa, 1902.

(18) Si veda eloquentissimo il libro che tratta «Dei diritti frazionarii di proprietà distaccati dal dominio, e prima delle servitù» (F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato*

Con le pagine di Precerutti e Del Rosso siamo ormai alla metà del secolo: attraverso loro e attraverso i tanti giuristi come loro il modello medievale non può non premere anche sui nostri paleocivilisti.

2. Ma gli stessi Codici ottocenteschi, assetti normativi proiettati verso il futuro e percorsi da una tendenza a separarsi dalle ipoteche del passato, serbavano tracce cospicue del modello medievale e offrivano all'operatore del diritto — fosse esso scienziato o pratico — non poche ambiguità ed incoerenze; a cominciare dai due grandi archetipi legislativi che inaugurano il secolo, il *Code civil* napoleonico e l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco, sia pure in misura profondamente diversa l'uno dall'altro per causa delle profondamente diverse fonti di ispirazione.

Nel *Code Napoléon*, in mezzo a un impianto armonioso e solido che realizza e consacra la vecchia istanza rivoluzionaria della libertà delle cose come strettamente complementare a quella del soggetto, possono rilevarsi due dissonanze notabili.

Innanzi tutto, in seno all'enfatica definizione della proprietà (19), dove il legislatore cede a due tentazioni contrastanti: quella di creare dei poteri del proprietario l'immagine più svincolata da precisazioni e limitazioni intrinseche alla situazione di proprietà (20) e, nel tempo

---

romano attuale preceduto da introduzioni di diritto naturale e seguito da note perpetue di gius romano - volume II, Pisa, 1844, p. 141 ss.). Non vi si insegna soltanto che «il dominio è da considerare come la riunione di tutti i diritti del proprietario», ma altresì che «questi diritti hanno ciascuno una destinazione, un esercizio, un vantaggio *distinto*; hanno quindi una *distinta* esistenza civile» e «se ciascuno di essi ha una *distinta* esistenza civile, può stare indipendentemente dagli altri» (p. 141). La nozione di proprietà come complesso di situazioni il più possibile pensate come autonome emerge con assoluta chiarezza; situazioni, che sono pertanto individuate quali frazioni della proprietà stessa, quali proprietà imperfette. Si deve qui notare che nel summenzionato 'Saggio' il Del Rosso riproduce i risultati di ricerche precedenti già consolidate in una ampia pubblicazione. Cfr. F. DEL ROSSO, *Come il diritto di proprietà nasca dalle leggi civili private*, Pisa, 1834 (sui diritti frazionari di proprietà, si veda, in particolare, vol. I, p. 271 ss.).

(19) Sulla genesi dell'art. 544 C.C. e sulla sua formulazione basti rinviare alle due diverse analisi di A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 180 ss. e di S. RODOTÀ, *Note sul diritto di proprietà e l'origine dell'articolo 544 del 'Code civil'*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969.

(20) Mentre invece vi sono ben segnate e messe in evidenza le limitazioni inferte al proprietario da leggi e regolamenti. Non è qui il caso di affrontare il problema se

stesso, quella di avviare una enumerazione dei distinti poteri che compongono la fattispecie complessa del *dominium*. L'art. 544 cela insomma in sé, al di sotto delle speciose enunciazioni trionfalistiche intorno alla più assoluta sovranità del soggetto sulle cose, precise venature che segnalano echi di tradizioni più risalenti, quelle tradizioni che erano ormai calate nelle ossa dei giuristi.

É evidente che il calco del procedimento definitorio usato nell'articolo deve essere rinvenuto nelle tante definizioni della proprietà di cui è fertilissimo il tardo diritto comune e che, tentando di esplicitare, complicano l'individuazione parsimoniosa ma essenziale che Bartolo aveva fissato a metà del Trecento (21): una serie di prolisse catalogazioni, che affrontano la descrizione del diritto di proprietà elencandone i poteri che lo compongono e secondo le quali il *dominium* è lo *ius utendi, fruendi, disponendi, possidendi, vindicandi, custodiendi*, e chi più n'ha più ne metta.

In quella esperienza culturale — chiudendo un occhio di fronte a talune ingenuità e a talune ridicole forzature — ciò era però perfettamente ragionevole, perché era corrispondente alla nozione di proprietà come situazione complessa e composita risultante da un fascio di singole situazioni autonome e separabili; molto minor senso ha questo *amor elenchi* — se pure appena abbozzato — in seno all'art. 544, che nasce da una riflessione che ha strettamente legato l'unità della proprietà all'unità della persona e ha fatto della prima — proprio perché costruita sulla seconda — una realtà ontologica.

Qualcuno potrà dire che le considerazioni or ora fatte riguardano venature sottili — e perciò variamente interpretabili — del testo legislativo. Ben più rilevante è invece l'altra dissonanza, che concerne l'assetto sistematico del secondo libro del *Code* curante la disciplina 'dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà'.

In esso — mettendo in opera una sistemazione che permarrà esemplare per la maggior parte dei Codici ottocenteschi — l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le varie servitù prediali vengono individuate come 'modificazioni della proprietà', tentando una attrazione

---

oggetto della incidenza della limitazione è il diritto stesso o l'esercizio del diritto. La terminologia adoperata dal legislatore non è infatti univoca.

(21) Sulla definizione bartoliana di *dominium*, cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 153 ss.

dei diritti reali limitati entro l'orbita della proprietà stessa. É vero che, guardandovi *ex parte dominii*, questa sistemazione può assumere il significato di un assorbimento entro la situazione totale, della quale gli *jura in re non propria*, devitalizzati, vengono a costituire solo una segmentazione, e la proprietà appare come un piatto che ha i suoi orli solamente qua e là rosicati; ma è anche vero che, guardandovi dall'altra parte, un risultato indubbio è che le situazioni reali minori si ingigantiscono, saltano senz'altro di piano, partecipano alla sfera della proprietà, ne divengono frazioni o sono addirittura pensabili come tante proprietà.

La terminologia 'modificazione della proprietà' è ambigua: certamente, se si pensa allo svolgimento della successiva dottrina esegetica (e lo vedremo con qualche attenzione nel prossimo capitolo), è facile constatare che questa dottrina ha trovato nella ambivalente sistemazione del secondo libro del Codice un ulteriore argomento per portare avanti quella nozione di 'smembramento della proprietà', che, come acquisizione teorica applicata ai diritti reali limitati, è senza dubbio retrodatata rispetto alle certezze filosofico-politiche del parto napoleonico.

Quelle che nel *Code civil* possono essere qualificate come dissonanze, sono nel Codice austriaco conseguenza diretta della sua complessa orientazione culturale, che trova nel diritto comune uno dei filoni ispiratori (22).

La cosa come struttura complessa scomponibile nella *substantia* e nella *utilitas* sembra alla base di tutto il sistema dei diritti reali (§ 354) (23); da essa discendono il 'diritto sulla sostanza' e il 'diritto sugli utili', incarnanti una 'proprietà meno piena' (§ 357 ss.) (24)

---

(22) Basti rinviare a quanto sinteticamente si dice nel *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von H. KLANG, B. II, §§ 285-530, Wien, 1950 ² (sulla proprietà divisa, p. 357 ss.) e in G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lahr, 1976 ², p. 149 ss.

(23) § 354: «La proprietà considerata come diritto è la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro della sostanza e degli utili d'una cosa».

(24) § 357: «Il diritto sulla sostanza della cosa congiunto in una sola persona col diritto sugli utili è proprietà piena ed indivisa. Se ad uno compete soltanto un diritto sulla sostanza della cosa, e ad un altro con un diritto sulla sostanza il diritto esclusivo

proprio perché situazioni autonome sulla cosa rimesse alla completa autonomia del rispettivo titolare (§ 363) ([25]). Diagnosi e analisi, che trasportano molti degli atteggiamenti tipici del modello medievale in un testo legislativo del 1811, primo fra tutti la accettazione del principio della divisibilità del dominio ([26]).

La riflessione giusnaturalistica sta invece sotto il § 354 e la precisazione ivi contenuta — apparentemente ovvia, o quanto meno enigmatica — che fa cenno a 'la proprietà considerata come diritto' ([27]). Mal compresa e ridicolizzata per tutto un secolo ([28]) la precisazione era, al contrario, culturalmente legittima; essa riproduceva infatti, pur facendo riferimento soltanto all'istituto giuridica-

---

sugli utili di essa, il diritto della proprietà si ritiene diviso e non pieno sì per l'uno che per l'altro. Il primo si chiama proprietario diretto, il secondo proprietario utile».

([25]) § 363: «Gli stessi diritti competono anche a chi ha la proprietà meno piena tanto diretta, quanto utile, purché dall'uno non si intraprenda cosa contraria al diritto dell'altro».

([26]) Che poi, successivamente, gli svolgimenti della dottrina giuridica austriaca sulla proprietà «lassen sich zunächst ganz allgemein unter einem Schlagwort zusammenfassen: *Kampf dem geteilten Eigentum* in allen seinen Erscheinungsformen» (come afferma esattamente W. OGRIS, *Die Rechtsentwicklung in Österreich, 1848-1918*, Wien, 1975, p. 62), è frutto della precisa influenza pandettistica, oltre che di una altrettanto precisa presa di coscienza, da parte di quella riflessione dottrinale, delle correnti politiche ed economiche circolanti. Sullo sviluppo della civilistica austriaca dalla scuola esegetico-sistematica a quella 'pandettistica', da «Wissenschaft von einem Partikularrecht» a «gesamtdeutsche Zivilrechtswissenschaft», cfr. in generale, W. OGRIS, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1968; ID., *Die historische Schule der österreichischen Zivilistik*, in *Festschrift Hans Lentze*, Innsbruck-München, 1969; ID., *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, I, Frankfurt am Main, 1974; nonché, in particolare, H. LENTZE, *Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft in die deutsche Pandektenwissenschaft*, in *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa* (1848-1944), hrsg. von A. Csizmadia und K. Kovács, Budapest, 1970, soprattutto p. 63 ss. (a p. 67 si trova il puntuale riferimento trascritto qualche rigo sopra).

([27]) § 354: «La proprietà considerata come diritto è ...». Cfr. M. WELLSPACHER, *Das Naturrecht und das ABGB*, in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches - I. Juni 1911*, Wien, 1911, I T.

([28]) Un enigma sembrò la frase del legislatore austriaco a E. PAGENSTECHER, *Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, Heidelberg, 1857, p. 3, che credette pure di sottolinearla con un aperto punto interrogativo.

mente rilevante, un binomio corrente in cui si articola tutta la teoria generale della proprietà dell'età nuova: la proprietà come situazione ontologica del soggetto — dimensione a lui interiore e perciò illimitata e illimitabile —, e la proprietà come diritto, la quale pur contrassegnata dall'archetipo precedente, vive nella storicità e si pone quale struttura variabile e limitabile. Un binomio che Rosmini avrà lucidamente presente e che costituirà la dialettica interna delle premesse giuridiche ottocentesche in tema di proprietà ([29]).

I Codici minori non alteravano il panorama proposto dagli originali monumenti legislativi francese ed austriaco. Se la terminologia indulgeva ancora, in tutti i Codici preunitari italiani, a parlare di 'padrone diretto' e di 'padrone utile' a proposito del rapporto di enfiteusi ([30]), in uno, nel 'Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla', la ripetizione pedissequa della altisonante definizione dell'art. 544 sembra galleggiare senza radici e senza troppi legami funzionali su un impianto conoscitivo che si rifà palesemente al modello dello *jus commune*.

Il travagliato lavoro formativo di questa particolare codificazione e la lotta — interna alle varie Commissioni elaboranti — fra tendenze filofrancesi e tendenze filoaustriache, fra l'ossequio al Codice napoleonico e l'esigenza di sostituire all'archetipo parigino quello viennese, si rispecchiano nel generale «ibridismo» della legislazione parmense ([31]) e anche nel singolare impasto del 'Titolo unico' che apre la parte seconda 'Del dominio' del libro secondo.

Il Titolo ha già una iscrizione significativa: 'Delle diverse specie

---

([29]) Cfr. più avanti al § 5 di questa prima parte.

([30]) *Exempli causa*, v. *Codice pel Regno delle Due Sicilie*, art. 449, art. 1685 ss.; *Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, art. 381, art. 415 ss.; *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, art. 406; *Codice civile per gli Stati Estensi*, art. 416, art. 1616 ss.

([31]) Secondo le valutazioni che, or sono molti anni, ne dava Francesco Ercole, *Il diritto delle persone e il diritto di famiglia nel Codice civile Parmense studiato nei lavori preparatori (con appendice di documenti inediti)*, in *Rivista di diritto civile*, IV (1912) (su le varie commissioni e i varii progetti, p. 585 ss.; sulle contrastanti tendenze ivi dominanti, p. 588 ss.). Utili integrazioni sono offerte da due altri lavori dello stesso Ercole: *Per la storia dei lavori preparatorii del Codice civile parmense (da nuovi documenti inediti)*, in *Archivio storico per le provincie parmensi*, N.S. XIV (1914), p. 135 ss., e *I contratti agrari nel Codice civile parmense (Mezzadria, soccida, enfiteusi)*, in *Rivista di diritto civile*, VI (1914), p. 494 ss. (sulle interessanti dispute circa l'enfiteusi, p. 516 ss.).

del dominio', ed esordisce con questi cinque brevissimi ma eloquenti articoli: art. 403 'Il dominio è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge'; art. 404 'Il diritto di disporre della cosa costituisce la proprietà'; art. 405 'Il diritto di solamente godere della cosa costituisce l'usufrutto'; art. 406 'L'unione di questi due diritti forma il dominio perfetto'; art. 407 'Se l'uno di questi due diritti in tutto o in parte sia disgiunto dall'altro, il dominio è imperfetto'.

Traspare chiaramente la contaminazione fra le due fonti ispiratrici, e, in più, si manifesta in tutta la sua forza la genuina tradizione del diritto comune senza mediazioni filtranti. La definizione francese viene applicata unicamente al 'dominio perfetto', ossia al dominio per eccellenza, quello senza aggettivazioni limitanti. Solo che il problema non viene esaminato partendo dal soggetto ma dalla cosa, da una cosa valutata come struttura complessa e sorgente di una complessità di poteri; e da questa lettura dal basso deriva inevitabilmente la divisibilità del dominio, la necessità di costruire una pluralità di dominii a seconda dei varii poteri autonomi sulla cosa.

É l'approccio discorsivo medievale in tema di rapporti fra uomo e beni che riemerge con particolare purezza; e decisamente condizionata dalla sistemazione dei diritti reali operata dai maestri e dalla prassi dello *jus commune* è la stessa articolazione tecnico-giuridica, lo stesso strumentario di concetti. La 'proprietà' in senso stretto come 'diritto di disporre della cosa' (di cui si parla nell'art. 404 [32]) è, né più né meno, quella *proprietas* che Baldo in un celebre tentativo sistematorio aveva posto al primo rango della graduatoria delle situazioni reali e aveva qualificato come 'principale dominium' [33]. L'usufrutto, di cui si tratta nell'art. 405, cioè una situazione di *uti-frui* distintamente còlta in seno al *dominium* e autonomizzata [34], ha il suo calco verosimile nella tralatizia nozione di dominio utile, ma

---

[32] Art. 404: «il diritto di disporre della cosa costituisce la proprietà».

[33] Vedi il testo baldesco in GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 162.

[34] Art. 405: «il diritto di solamente godere della cosa costituisce l'usufrutto». Il dettato di questo articolo va però letto combinatamente col precedente art. 404 e col successivo 406, che recita: «L'unione di questi due diritti forma il dominio perfetto». É dalla combinazione di questi tre articoli che emerge chiara una lettura come quella che si propone nel testo.

presuppone altrettanto verosimilmente la elaborazione tardocomunistica dell'*ususfructus causalis* quale momento autonomo nel complesso dei poteri del proprietario (35), una nozione ridicolizzata da quasi tutta la civilistica ottocentesca che non riuscirà a percepirvi il suo reale valore storico di sforzo dottrinale e giurisprudenziale per scomporre la totalità dell'area potestativa proprietaria in zone logicamente e giuridicamente autonome.

Sul terreno dei diritti reali, i Codici ottocenteschi preunitari aventi diretta applicazione in Italia nei primi sessant'anni del secolo, quei Codici che dovevano sicuramente pesare sul futuro civilista del Regno unitario (36), non erano dunque tali — nel loro frasario, nelle loro sistemazioni, nelle loro soluzioni — da poter cancellare il vecchio modello medievale sepolto ma radicato nella coscienza d'ogni giurista, anzi lo riproponevano, in modo esplicito o latente, mostrandone una volta di più la persistenza.

La legislazione dava così alla dottrina qualche comodo espediente per continuare abbastanza imperturbata a portare innanzi i vecchi bagagli logici ed ermeneutici, immettendoli nelle direttrici innovative, forse più devitalizzando queste che alterando quelli.

3. Di vecchi bagagli si mostra straordinariamente fornita, nella prima metà dell'Ottocento, buona parte della dottrina civilistica europea, che esprime in tal guisa la sua storicità, il suo perfetto inserimento in una età di transizione dominata dalla dialettica fra mentalità giuridiche inveterate e legislazione appena rinnovata. Fatta

(35) Cfr. più avanti, P. II, § 5.

(36) A questi si dovrebbe però aggiungere il 'Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino', del 1837, che circola in Italia (viene, com'è noto, inserito nella 'Collezione completa dei moderni Codici civili degli Stati d'Italia' stampata nel 1845, a Torino, per cura della Libreria della Minerva Subalpina) e che è frequentemente citato (è citato anche da Rosmini). Questo Codice rivela, al pari del 'parmense', una sua natura ambivalente. Basti qui la sola trascrizione — che è, di per sé, eloquente — degli artt. 179 e 181: Art. 179: «Il diritto limitato al godimento della cosa dicesi dominio utile, ossia usufrutto. Il diritto di disporre della sola sostanza della cosa costituisce il dominio diretto, ossia la nuda proprietà. L'unione di questi due diritti forma il pieno dominio, ossia la proprietà assoluta. Se l'uno di questi due diritti sia in tutto od in parte disgiunto dall'altro, il dominio è meno pieno»; Art. 181: «Appartengono al dominio meno pieno le servitù personali e le servitù reali».

salva l'emersione sparsa di nuove intuizioni e di nuovi ripensamenti metodici, è questo un modo d'essere che vale in Italia come in Francia come anche in Germania.

Anche se può sembrar singolare, non ci occuperemo della dottrina italiana preunitaria (di cui pure abbiamo còlto significative espressioni nelle testimonianze del Precerutti e del Del Rosso precedentemente segnalate). É questa infatti una dottrina modesta, abbastanza rarefatta, e composta da mediocri artigiani dell'esegesi giuridica, senza alcuna possibilità di incidenza sui futuri sviluppi della scienza giuridica peninsulare (37); sarebbe del tutto ingiustificato elevarla al rango di presenza condizionante sulla riflessione post-unitaria. La quale infatti, più che guardare ai precedenti italiani, guarda attentamente e remissivamente a quel cospicuo ammasso di commentarii e di trattati, che in Francia cominciano ad accumularsi sui Codici appena dopo la loro promulgazione e continuano poi con inesausta fertilità sin quasi alla fine del secolo XIX; una fioritura letteraria monumentale per quantità di dati offerti e per ricchezza di analisi, che dopo un felice saggio storico di Julien Bonnecase siamo ormai soliti definire come *École de l'exégèse* (38).

In questo tentativo di individuare le forze culturali che premono sul giurista peninsulare e sollecitano le sue scelte, più che ai poco significanti e storicamente fragili precedenti italiani, più che alle non ancora troppo circolanti testimonianze tedesche, sarà perciò necessario rifarsi alla scuola esegetica francese, allo strumentario concettuale e all'architettura tecnica usati nella sua sistemazione dei diritti reali. Avremo sicuramente messo a punto un fondamentale mezzo di comprensione per la nostra indagine.

Potremmo cominciare con un rilievo del Bonnecase, che vogliamo scrivere qui, all'esordio di queste poche pagine, quasi come un'epigrafe: «hommes de l'Ancien Régime, sous lequel ils ont déjà

---

(37) In una terra a diritto non codificato, la Toscana, valga almeno una eccezione di qualche rilievo: quella del giureconsulto pistoiese Francesco Forti, un indagatore di robusta tempra.

(38) Sulla *École de l'exégèse* un panorama interpretativo meritevole ancor oggi di essere letto — e certamente, a tutt'oggi, l'opera più puntuale anche se storiograficamente unilaterale — è costituito dal saggio, ricordato nel testo, di J. BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, 1924 [2].

poursuivi une grande partie de leur carrière, ils interprètent le Code civil à l'aide de toutes les ressources que leur offrent leur formation juridique antérieure, le raisonnement, leurs tendances philosophiques» (39). Bonnecase si riferisce ai primi esegeti, agli autori dei primi 'corsi', ai Delvincourt, ai Proudhon, ai Toullier, ai Pardessus, e via dicendo, che iniziano il loro lavorio in anni assai risalenti, ma è un rilievo che, a nostro avviso, vale a caratterizzare, ben oltre i dati biografici concreti, le biografie intellettuali di tutti gli esegeti francesi da Delvincourt a Laurent (40).

Nati, come i primi, all'insegna dei fiordalisi borbonici, o nati e cresciuti in pieno clima dell'Impero e della Restaurazione come i Demolombe, i Marcadé, i Laurent, non si altera in essi ma resta pressoché immutato un tratto essenziale del loro volto culturale: al di sotto della loro scorza di fedeli arrangiatori del Codice e delle operazioni cultuali in onore della Codificazione, si compie con essi una singolare opera di mediazione fra nuove e antiche certezze; queste sono in essi talmente radicate da prevalere nettamente e condizionare tutta l'intelaiatura del loro sistema dei diritti reali.

Perfino sul piano formale — e lo dimostrano le frequentissime citazioni — il loro discorso è in termini di continuità con Pothier (41). Anche se le voci degli interpreti appartengono a una zona temporale sempre più lontana dal secolo XVIII e dalle sue lusinghe, le invocazioni a Pothier o al *Répertoire* di Merlin (42) non cessano, e, più in là che si procede nel tempo, tanto più mettono in evidenza la singolarità di quei richiami, soprattutto la loro disinvoltura culturale.

---

(39) BONNECASE, *L'École de l'exégèse*, cit., p. 26.

(40) É sostanzialmente ricomprendibile tra i 'francesi' anche François Laurent, che anagraficamente nasce nel Lussemburgo, vive costantemente in Belgio, dove per decenni insegna alla Università di Gand (cfr. più avanti a p. 463).

(41) Il rinvio a Pothier è frequentissimo. Cfr., per esempio, i continui riferimenti di C. E. DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français, conformément aux dispositions du Code Napoléon, avec les explications et interprétations résultantes des Codes, Lois et Réglemens postérieurs*, Paris, 1810 ^{2}, T. I.

(42) Il 'Répertoire universel et raisonné de jurisprudence', che è conosciuto per tutto il secolo XIX sotto il nome dell'esegeta Merlin, appare, la prima volta, nel 1777, come opera di Joseph Nicolas Guyot. Philippe Antoine Merlin (1754-1838), acquirente dei diritti d'autore del Guyot, ne pubblica varie edizioni a partire dal 1807.

Non v'è dubbio infatti che Pothier, pur con tutti i suoi presentimenti del nuovo ordine economico nascente, pur con la sua immagine di personaggio di frontiera, è tuttavia portatore del vecchio modello medievale e appare — più che l'antesignano del Codice — il prosecutore della linea interpretativa dello *ius commune*. Anche il sistema di Pothier ha alla sua base la nozione medievale di cosa come realtà complessa, scomponibile in varie dimensioni e fonte di varii poteri che si costruiscono sul fondamento oggettivo di quelle dimensioni. I diritti reali — insegnerà nel 'Traité des personnes et des choses' — «ne sont autre chose que l'héritage même ... considéré comme nous appartenant à certains égards»; e con più precisione ripeterà, sottolineando, nel 'Traité du droit de domaine de propriété': «Le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards» (43).

É un sistema scandito in tante e diverse gradazioni di appartenenza nascenti dalla natura della cosa, ciascuna autonoma perché fondata su un aspetto autonomo di essa, tutte partecipi d'una stessa essenza, senza alcun salto logico fra proprietà e *jura in re aliena*. La proprietà è soltanto il principale diritto reale, un diritto reale complesso e completo di cui ogni singolo *ius in re* si pone come *démembrement* (44).

Il gioco di variazione non è fra ciò che è proprietà e ciò che non lo è, ma più semplicemente fra *proprietà perfetta* — cioè completa del fascio dei suoi attributi — e *proprietà imperfetta* — cioè relativa a una e a una soltanto delle dimensioni della cosa e non già alla sua totalità (45). Fra l'altro, è presente in Pothier — malgrado quanto ha

---

(43) R.J. POTHIER, *Traité des personnes et des choses*, P. II, § II, in *Oeuvres*, t. V, Bruxelles, 1831, p. 204; e *Traité du droit de domaine de propriété*, cit., chap. prélimin., p. 209.

(44) «Il y a plusieurs espèces de *jus in re*, qu'on appelle aussi *droits réels*. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démembrements, sont les droits de domaine de supériorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle; le droit de rente foncière; les droits de servitudes, tant ceux des servitudes personnelles, que ceux des servitudes prédiales; le droit d'hypothèque» (POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, cit., chap. préliinaire, p. 209).

(45) «l'imperfection du droit de propriété peut aussi priver le propriétaire d'une

inesattamente asserito in contrario il Vareilles Sommières (46) — quella nozione e quel termine di *démembrement*, che costituirà, per un verso, uno dei motivi ricorrenti della riflessione giuridica ottocentesca, per un altro, una delle espressioni più tipiche del linguaggio degli esegeti.

Facendo riferimento a Pothier, la Scuola dell'esegesi riaffermava pertanto che il mondo dell'*ancien régime* non era per essa una realtà distante e distaccata, inesorabilmente superata, ma che, al contrario, a quella si poteva attingere fecondamente grazie a un segreto cordone ombelicale, che, trascorrendo indenne — tacitamente — al di sotto degli eventi clamorosi della Rivoluzione e dell'Impero, legava ancora saldamente i giuristi post-rivoluzionari e post-napoleonici alla vecchia *jurisprudentia*. E infatti il discorso degli esegeti è non solo intriso di nozioni e linguaggio del passato, ma mostra di rifarsi addirittura al ben noto modello medievale.

Sta iniziando quella giustapposizione fra soluzione codificata e soluzioni dottrinali, che sarà un tratto immanente e permanente della riflessione giuridica di quasi tutto il secolo.

Mentre la soluzione del *Code civil*, pur con le incoerenze che abbiamo messo in evidenza, costruiva un modello legislativo di proprietà identificato come pienezza e perpetuità di poteri del proprietario solitario, le certezze dottrinali degli interpreti non si erano ancora allontanate dalla sostanza concettuale su cui si era fondato il principio della proprietà divisa. Se apriamo un testo fra i più celebri e universalmente celebrati, i 'Principes de droit civil français' di quel tardo corifeo della Scuola che fu il belga François Laurent (47), noi cogliamo, in pagine scritte all'incirca negli anni '70

---

partie des droits que nous avons dit être renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et parfaite ... la propriété est surtout très-imparfaite, lorsque elle est chargée d'un droit d'usufruit» (POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, cit., chap. I, p. 211).

(46) «On chercherait vainement chez les jurisconsultes romains une expression équivalente à celle de démembrement de la propriété. Notre Domat certainement ne prononce pas une seule fois ce nom. Il en est de même de Pothier» (G. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *Revue trimestrielle de Droit civil*, IV (1905), p. 487).

(47) Su François Laurent (1801-1887), oltre ai varii necrologi (taluni dei quali apparsi su periodici italiani), si può utilmente vedere — più per la ricchezza dei dati che

ma riassuntive di sessanta anni di diatribe interpretative, la predetta giustapposizione dichiarata senza infingimenti.

Il problema è come inserire la nozione di *démembrement de la propriété* all'interno d'una traccia d'istituto — quale quello delineato nell'art. 544 — che sembra respingerla. La risposta è semplice, forse anche semplicistica, e sembra risolversi ed esaurirsi all'interno dell'onnivalente argomento della pienezza dei poteri del *dominus*: se per l'art. 544 questi può disporre della cosa nella maniera più assoluta, non può non rientrare tra i poteri a lui consueti anche quello di trasferire ad altri la proprietà con alienazione totale o parziale, non può non rientrare nella *plenitudo potestatis* anche quella di smembrare l'*unum dominium* concedendo diritti d'usufrutto, d'uso, di servitù prediali, e via dicendo (48).

La pagina di Laurent, echeggiante tutti i precedenti esegeti, è formalmente appagante. Volendo però guardare oltre la argomentazione formale, non si può non rilevare che, costituendo un usufrutto, un diritto d'uso, un diritto enfiteutico o di passaggio, il proprietario ha inteso semplicemente provvedere alla gestione del suo bene e non a creare una proprietà concorrente alla sua. Se l'ordinamento giuridico, per il tramite della sonora voce dottrinale, identifica quella costituzione di diritti come uno smembramento di proprietà, è perché circola — a livello di costume giuridico —

---

per la provvedutezza delle diagnosi — l'amplissimo ricordo di J. LAMEERE, *Notice sur François Laurent*, in *Annuaire de l'Académie Royale des Sciences, des Lettres et des Beaux Arts de Belgique*, LXI (1905), Bruxelles, 1905, pp. 191-350, dedicato tuttavia per buona parte al Laurent storico (sulla influenza della tradizione dell'*ancien droit* francese sul Laurent giurista, alcune notizie interessanti a p. 317). Tra i necrologi apparsi su riviste italiane è di un interesse particolare la commemorazione di Leone BOLAFFIO, *Francesco Laurent*, in *Il Filangieri*, XII (1887), p. 99 ss., in cui sono inserite parecchie note autobiografiche dirette per via epistolare dallo stesso Laurent a Bolaffio.

(48) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VI, Bruxelles, 1876 [2], p. 134: «Le propriétaire a encore le droit de *disposer de la chose*. Disposer d'une chose, c'est en faire ce que l'on veut: c'est dans ce sens le plus large que la loi prend cette expression, puisqu'elle ajoute, *de la manière la plus absolue*. Le sens ordinaire du mot *disposer* implique le droit d'aliéner, c'est-à-dire de transférer à un autre son droit de propriété, ce qui se fait soit entre vifs, soit par testament. L'aliénation peut être totale ou partielle: le maître peut donc renoncer, en faveur d'un tiers, à quelques-uns des attributs de son droit; de là les démembrements de la propriété, ou droits réels: nous venons de dire que le propriétaire peut démembrer son droit comme il l'entende».

un'idea riposta di smembrabilità del dominio con una sua potentissima carica erosiva; è perché al di sotto dello schermo superficiale della proprietà monolitica prospera la convinzione erosiva che la proprietà è soltanto una riunione di diritti perfettamente divisibile, è perché questa idea e questa convinzione, pescando direttamente nella mentalità e nel costume, hanno la forza di arrivare a vanificare l'enunciazione legislativa.

É vero che il *dominus* può fare della sua cosa quello che più gli aggrada — può deteriorarla abbandonarla distruggerla, come ripeterà spesso una elencazione retorica — ma non può arrivare a dividere ciò che *natura sua* non sopporta divisioni. Se gli viene riconosciuto anche questa misura di potere, è perché nelle supreme concezioni del rapporto di appartenenza v'è un approccio intellettuale sotterraneo di segno diverso da quello ufficiale registrato nel Codice; è perché, al fondo, sta la convinzione che cosa e proprietà sulla cosa sono per il diritto realtà separabili — rispettivamente — in dimensioni e situazioni autonome. Ma tutto questo sta assai dietro le azioni del povero proprietario dispotico; è piuttosto questione di mentalità e di costume, che immettono quelle azioni in schemi interpretativi condizionanti.

Da qui la giustapposizione di cui si parlava, da qui la crisi che nasce sul divario sostanziale fra lettera e spirito della legge, e costume giuridico sottostante del ceto di giuristi chiamato a interpretare la legge.

Lo schema interpretativo è la coscienza della proprietà come struttura composita, come 'droit complexe' ([49]), come 'réunion' di varii diritti ([50]), l'uno distinto dall'altro, l'uno autonomo dall'altro.

([49]) Precisazioni chiare sono, ad esempio, in C. A. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, Paris, 1853 [2], p. I («Droit d'user, droit de jouir, droit de disposer, tels sont les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété») e in C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, T. V - *De la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Bruxelles, 1854, p. 137, il quale, dopo avere insegnato che il diritto di proprietà «renferme trois attributs, trois éléments», cioè l'*usus*, il *fructus* e l'*abusus*, conclude che «tels sont les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété» (p. 138).

([50]) Con un insegnamento costante. Vedi *exempli causa* DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, cit., T. I, p. 317; M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du*

Tutti — cumulativamente — concorrono a formare quel «droit le plus entier qu'on puisse avoir» (51), che è appunto la proprietà; ciascuno è contrassegnabile come *démembrement*, come *portion*, come *décomposition*, come *fractionnement* della proprietà stessa (52).

In questa sua riconosciuta natura il diritto reale come entità frazionaria partecipa della sfera della proprietà (53), giacché «la partie ne peut pas être d'une autre nature que le tout» (54), e il sistema dei diritti reali è una graduazione di istituti diversi sì per latitudine e per intensità, ma senza salti logici fra un grado e l'altro,

---

Code, T. II, Bruxelles, 1837, p. 23 e V. MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, T. II, Paris, 1855 [5], p. 343.

(51) Si noti qui l'uso assai pregnante dell'aggettivo intero, che sta a significare la capacità di copertura da parte dell'istituto proprietà delle situazioni più disparate, e cioè una capacità quantitativa, quantitativamente diversa dalle situazioni che la compongono. L'affermazione è in PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, cit., p. 5.

(52) Coro unanime: da DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, cit., T. I, p. 320; ID., *Cours de Code civil*, Bruxelles, 1827, T. II, p. 337; a TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. II, cit., p. 22; ad A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, T. II, Bruxelles, 1841 [4], n. 1270, p. 383; a MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, cit., T. II, p. 344; a DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, cit., T. V, pp. 177 e 309. Sul piano della trattatistica, questa impostazione è presente fin nella intitolazione di opere molto diffuse: da quella pregevole di PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement su l'usufruit*, cit., a quella ben più modesta di N. M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes) suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, 1858. La nozione di *démembrement de la propriété* resterà acriticamente acquisita alla dottrina giuridica francese. Ancora nel 1881, in una famosa tesi di dottorato presentata alla Facoltà giuridica di Parigi e in quell'anno data alle stampe (ristampata poi, sempre a Parigi, nel 1923). Émile Chénon, studiando da un punto di vista storico-giuridico 'Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution', usa tranquillamente il termine e la nozione di *démembrement* senza rendersi pienamente conto della loro portata concettuale e tecnica. Termine e concetto — ricevuti da Chénon — non sono respinti neanche nel tentativo innovatore di G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, 1902.

(53) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, cit., T. II, p. 23: «les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie, concédée à un tiers, des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement».

(54) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, cit;, T. V, p. 311.

ma anzi in una sorta di legame osmotico fra essi. La piattaforma di base del sistema è accomunante, perché si tratta di una stessa natura.

Permanendo lo stesso identico approccio di Pothier, la conclusione sostanziale non può non essere la stessa di Pothier, e financo identico il linguaggio tecnico: da Pardessus a Laurent, dai primordii esegetici alla piena maturità della scuola, non ci si stanca di ripetere, a proposito dell'usufrutto e delle servitù prediali, che tutto si riduce in una appartenenza parziale, in una proprietà della cosa semplicemente 'à quelques égards' (55). E sarà lo stesso frasario pothieriano ad essere ripetuto a ben cento anni di distanza (almeno col Laurent) dalla data d'apparizione del 'Traité du droit de domaine de propriété'. Ma attraverso Pothier è tutto in blocco il vecchio modello medievale ad essere continuato e riproposto, tanto che, senza forzature, si può leggere nella pagina dell'esegeta belga le note peculiari che avevano animato la grande riflessione bartoliana a mezzo del Trecento (56).

Sinceriamocene pure direttamente lasciando a Laurent una eloquentissima parola; il tema è quello della convivenza sulla stessa cosa del proprietario e dell'usufruttuario: «il résulte de là qu'une seule et même chose appartient à deux personnes à des titres différents: on peut dire que l'un et l'autre sont propriétaires à certains égards. Pour le nu propriétaire, cela ne fait pas de doute, puisque la loi lui donne le nom de propriétaire, et il est certain qu'à l'expiration de l'usufruit, la propriété entière, absolue, lui reviendra, le démembrement n'étant que temporaire. Toujours est-il que, tant qu'il subsiste, la propriété est partagée entre le nu propriétaire et l'usufruitier, chacun en a une fraction. C'est une espèce de communauté, dit Proudhon. Cela n'est pas exact; la communion suppose que deux personnes ont sur la même chose des droits égaux, mais indivis. Tandis que, lorsqu'une chose est grevée d'usufruit, c'est bien

---

(55) I. M. PARDESSUS, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Bruxelles, 1841 [10], p. 8: «L'objet d'une servitude est d'attribuer à celui à qui elle appartient un droit réel sur le fonds grevé; ce fonds, s'il est permis d'employer cette expression, est considéré comme sa propriété à quelques égards». L'espressione è ripetuta in LAURENT, *Principes de droit civil français*, cit., T. VI, n. 324, p. 411.

(56) Su di essa vedi GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 153 ss.

la même chose qui appartient à l'usufruitier et au propriétaire, mais ils y ont des droits différents, donc des droits divisés» (57).

Per altro verso, riaffiora surrettiziamente, senza una esplicita ammissione, la dottrina del dominio diviso. Anche se talvolta — con un discorso tutto prono e recettizio verso gli 'auteurs' del tardo diritto comune — si giunge ad accettare passivamente ma senza ripugnanza — ma anzi con molta ipocrisia intellettuale — la vecchia aborrita teorica (58), sono però le premesse della teorica perennemente circolanti che rischiano, sempre, di farne riaffiorare se non la terminologia specifica, certamente però la sostanza dello schema economico-giuridico (59).

Il discorso di Laurent è, in questo, pressoché identico a quello di Bartolo, o almeno hanno in comune, malgrado i cinque secoli di distanza, la stessa nozione di diritto reale e la stessa visione sistematica.

Ogni diritto reale è una frazione di proprietà, per cui «jus in re et démembrement de propriété sont deux expressions synonimes» (60). Ogni diritto reale è, in qualche modo, una proprietà (61), e il sistema degli *jura in re* è riducibile a un sistema di tante proprietà diverse per estensione, ma non diverse per intima natura. Il diritto reale limitato è una 'proprietà imperfetta' (62) o una 'proprietà meno

---

(57) LAURENT, *Principes de droit civil français*, cit., T. VI, n. 324, p. 411.

(58) Così in DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, cit., T. II, n. 1076, p. 320.

(59) Vedi il caso proposto da LAURENT (*Principes de droit civil français*, cit., T. VI, n. 85, p. 111) sulla scorta di una pronuncia della Cassazione e di una vecchia opinione di Merlin, circa una singolare concorrenza sullo stesso bene fra proprietario di un appezzamento di suolo boschivo e proprietario di alcune specie di alberi del bosco; concorrenza, che viene giuridicamente risolta nello schema della proprietà divisa.

(60) MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, cit., T. II, p. 345.

(61) Vedi, per l'usufrutto e per l'uso, l'affermazione netta di J. B. V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, Dijon, 1836 ^{2}, p. x, secondo cui «l'usufruit, ainsi que l'usage, sont chacun une propriété pour celui qui les possède».

(62) Così DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, cit., T. II, p. 332, palesemente sotto l'influsso di Pothier; o TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, cit., T. II, p. 22, dietro Heineccio e Wolff. Ma è nozione corrente, e corrente anche fra i pratici (GAVINI DE CAMPILE, *Traité des servitudes ou confrontation du droit français avec les lois romaines concernant les droits d'usage et les services fonciers*, T. I, Paris, 1853, p. 101.

piena' (63) o, secondo un'opinione singolare e prontamente respinta, una situazione di condominio con il proprietario principale (64).

É però senza dubbio *una* proprietà. Alla cima della gerarchia dei diritti reali sta la proprietà descritta nell'art. 544, la proprietà piena, la proprietà perfetta, ma questa appare quasi come un modello platonico, un esemplare da museo, quasi destoricizzato. Nella storia, nella storia quotidiana, è invece una ridda di proprietà variate, che la circolazione economica e giuridica ha sottoposto a usura, rendendole monche e unilaterali quasi come il dominio utile.

4. Accanto alle ambivalenze dei Codici e alle retrodatazioni delle architetture sistematiche dell'*École de l'exégèse*, premono sulla coscienza del paleocivilista italiano due riflessioni, che si maturano nel clima culturale peninsulare della prima metà dell'Ottocento: quella di Romagnosi e quella di Rosmini.

La loro influenza è rilevante, e straordinaria è la loro fortuna, testimoniata da un continuo e talvolta parossistico rinvio a questa o a quella pagina dei due filosofi; con unanimità di accenti per il Romagnosi personalità maggiormente 'risorgimentale', con professioni di ammirata fedeltà che si univano però ad astii profondi e a profonde avversioni (65) per l'indefinibile Rosmini (66). Certo è che

---

(63) DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, cit., T. II, n. 1076, p. 320 (in Duranton si pone invece sensibilmente diversa la distinzione fra proprietà perfetta e proprietà imperfetta. Cfr. n. 1077, p. 321).

(64) É l'opinione di PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, cit., p. 7 ss., che abbiamo già visto recisamente respinta dal Laurent (cfr. *supra*, p. 231). Per Proudhon «on doit considérer l'usufruitier et le propriétaire comme deux communiers qui se trouvent forcément en rapport d'interêts dans la même chose, quoique sous differents aspects», perché «ils sont dans une espèce de communion».

(65) Talvolta apertamente dichiarate, com'è il caso di Ferdinando PUGLIA, *Del fondamento scientifico del diritto di proprietà*, in *Dell'azione pauliana e del fondamento scientifico del diritto di proprietà*, Napoli, 1886, p. 202, che, in ragione del positivismo evoluzionista che egli professa, non può certamente aver cara la costruzione di Rosmini, il quale parte da premesse squisitamente metafisiche. Talvolta chiaramente allusive, ma senza un espresso riferimento, com'è nell'opuscolo di Giuseppe ARABIA, *Sul diritto di proprietà*, Cosenza, 1863, un libello non spregevole, cólto e intelligente, in mezzo a una letteratura libellistica, soprattutto meridionale, in tema di proprietà tanto numerosa quanto di infimo ordine.

(66) Sulla 'insularità' di Rosmini, che «teoricamente è fuori della linea ideale del

si tratta d'una influenza e d'una fortuna assai durature: ancora ai primi del nuovo secolo, quello che è forse il primo studio del Novecento sul problema della proprietà e dei suoi limiti — un modesto articolo del civilista Francesco Degni (67) — si apre nel nome venerato di Romagnosi e di Rosmini.

Questa capacità d'incidenza nella penombra culturale dei giuristi è pienamente comprensibile per due caratteri di fondo che accomunano le pur sensibilmente distanziate riflessioni romagnosiana e rosminiana.

Innanzi tutto, si tratta di testimonianze bifronti, al tempo stesso filosofiche e giuridiche; in esse il discorso attinge sempre a una dimensione culturale ed è inserito in una ampia visione del mondo, pur scendendo sempre al livello specifico della conoscenza giuridica con la messa in opera di strumenti d'approccio tipici della tecnica del giurista. I giuristi, nella loro sete di fondazioni più solide delle proprie costruzioni ma anche nella modestia del loro impianto culturale, vi trovavano, per un verso, una trama giuridica avvivata da un grosso respiro filosofico e vi reperivano, per un altro, una linea speculativa digerita in termini giuridici e resa pertanto digeribile perfettamente da loro stessi. Romagnosi e Rosmini erano insomma gli unici 'filosofi' in Italia a scendere a mensa coi giuristi e a dividere il loro stesso pane quotidiano.

Si tratta, in secondo luogo, di personalità che, per quanto attiene al tema della proprietà, esprimono puntualmente le ambiguità d'una età di transizione come il primo Ottocento e riproducono fedelmente — con una consapevolezza più affinata — il tormentato processo di chiarificazione che coinvolge in prima persona anche i giuristi. Questi vi ritrovavano, in altre parole, le proprie ansie e i propri dubbi validamente puntellati da una analisi appagante.

Da qui, i motivi della fortuna e della influenza; da qui, l'esigenza di guardare un pò più addentro al messaggio romagnosiano e

---

Risorgimento», cfr. W. CESARINI SFORZA, *La filosofia giuridica del Risorgimento*, ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto -II. Ricerche storiche e questioni giuridiche*, Milano, 1967, p. 168.

(67) Ci riferiamo a F. DEGNI, *I limiti del diritto di proprietà*, in *Il Filangieri*, XXVI (1901), in cui, ben oltre l'esordio, è fortissima e ripetutamente dichiarata l'influenza dei due pensatori italiani.

rosminiano, quale premessa indispensabile del nostro tentativo di comprensione della civilistica post-unitaria.

Il tema della proprietà, immesso in quello ben più ampio della relazione fra uomo e beni, è dominante per l'intero arco della riflessione di Giandomenico Romagnosi, dalla 'Introduzione allo studio del diritto pubblico universale' — che è del 1805 — alle 'Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica', che appaiono postume nel 1839 (68), e vi è dominante con tutta la sua carica e anche con tutto il suo carico di problematicità.

Non poteva esser facile guardarvi da un angolo d'osservazione quale quello di Romagnosi, filosofico e giuridico insieme. Se per il semplice giurista era stato agevole continuare — come abbiam visto — a farsi portatore di vecchi schemi, tutto doveva complicarsi a uno sguardo più penetrante. Il giurista poteva ancora persistere a esser sordo di fronte al modello filosofico e politico dell'individualismo moderno, ma non lo poteva l'indagatore che avesse — come il nostro — scelto il terreno delle precedenze teoretiche agli spiccioli problemi del diritto positivo. Su di lui quel modello e, insieme, il complesso di analisi e soluzioni accumulatesi nel cammino dell'età nuova dovevano entrare in frizione col patrimonio consolidato dei giuristi.

La croce di Romagnosi sta tutta qui: nell'essere 'filosofo' e 'giurista', nell'avere una pari familiarità sia con la speculazione socio-politologica, sia con la trattatistica del tardo diritto comune, l'una e l'altra di segno diverso se non opposto. Sta però tutto qui anche il suo pregio storico: egli è costretto infatti a comporre le due soluzioni, o almeno a tentare di farlo caratterizzando la propria riflessione in un modo che doveva rivelarsi particolarmente ben accetto al successivo giurista bisognoso di qualche apparecchio d'ortopedia speculativa per le sue numerose claudicanze.

Che Romagnosi sia saldamente vincolato alla riflessione filosofica moderna in fatto di proprietà e che sia espressione franca e netta del cosiddetto individualismo possessivo, è un dato indubitabile. La sua antropologia trova nell'avere una dimensione insostituibile e il suo soggetto chiede all'avere un contributo non indifferente

(68) Si vedano già le constatazioni di un ormai risalente indagatore di Romagnosi: G. VALENTI, *Le idee economiche di Gian Domenico Romagnosi*, Roma, 1891, p. 149 ss.

alla propria identificazione ontologica: l'autonomia dell'individuo — in perfetta coerenza con una degnità generale della coinè culturale dell'età nuova — è còlta soprattutto in un atteggiamento dominativo; la 'suità' è vista soprattutto come 'padronanza' (69).

E la proprietà diviene uno schema onnivalente per interpretare i più varii meccanismi intrasubbiettivi e intersubbiettivi. E si parla — con un linguaggio certamente non nuovo ma anzi palesemente derivato — della 'proprietà personale', della 'proprietà reale', della 'proprietà morale', come parti e specificazioni della 'padronanza originaria': dove 'proprietà personale' è il «possedere e godere la propria persona illesa, libera e sicura da qualunque offesa o vincolo» (70), proprietà de «le cose che sono in noi, e formano parte della nostra stessa persona» (71), e 'proprietà morale' significa «possedere e godere integro, illeso e sicuro il buon nome a norma del merito mio; nutrire la credenza religiosa che mi persuade; acquistare le cognizioni che stimo le migliori; comunicarle liberamente» (72).

La proprietà è diventata uno schema interpretativo anche all'interno del soggetto unicamente per il suo costituire una dimensione essenziale della sua libertà e per manifestarsi concretamente, in ordine alla conservazione e alla sussistenza individuale, «come l'espressione astratta e compendiata di tutte le particolari facoltà legittime competenti all'uomo» (73).

É questo un pensiero che, malgrado il passare degli anni, sembra restare compatto in Romagnosi, e tale da poter essere

---

(69) Cfr. particolarmente G. D. ROMAGNOSI, *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, in *Opere* riord. ed illustr. da A. De Giorgi, vol. III, P. II (*Scritti sul diritto filosofico*), Milano, 1845, §§ 1577-1579, pp. 1193-1194. Precisa Romagnosi al succitato § 1579: «la possanza propria di mandare ad effetto i liberi nostri voleri; ecco l'ultimo e distintivo carattere della *padronanza*».

(70) ROMAGNOSI, *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1709, p. 1240.

(71) ROMAGNOSI, *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 2809, p. 1686.

(72) ROMAGNOSI, *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1709, p. 1240.

(73) G. D. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, in *Opere* riord. ed illustr. da A. De Giorgi, vol. III, P. I (*Scritti sul Diritto filosofico*), Milano, 1842, § 301, p. 284. Ma si veda anche *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1598, p. 1200.

valutato unitariamente pur con non sostanziali variazioni terminologiche (74); e attesta nel giureconsulto emiliano un portatore di istanze correnti nella riflessione antropologica: l'uomo è al centro di una tela di relazioni dominative che da lui si dipartono e a lui fanno capo, ed è pienamente uomo solo se proprietario, di sé, dei suoi beni interiori, dei suoi beni esterni. Anche nella voce romagnosiana, che si adegua al coro individualistico, la proprietà non è più soltanto un istituto del diritto positivo, ma un *genus generalissimum*, uno schema — si diceva più sopra — valido per la comprensione dell'intera realtà.

Se questo è il supremo aggancio culturale, scendendo dalle fondazioni antropologiche al campo ristretto del diritto, si dovrebbe ritenere conseguente una costruzione del *dominium* secondo i dettami consolidati dell'individualismo possessivo. La risposta di Romagnosi tuttavia è ben più complessa.

Se è vero che la proprietà è sorpresa, nella sua origine prima, all'interno del soggetto, immedesimata in lui e nella sua libertà, è anche vero che questa è soltanto una delle dimensioni della proprietà, quella metastorica. Ma la proprietà non è soltanto una *capacità* dell'individuo, tende a calare nella storia, a vincolare il microcosmo alle cose e agli altri soggetti; e ne scaturisce una ulteriore dimensione che, senza annullare la precedente, la completa e la diversifica.

Prende così limpidamente forma in Romagnosi quella dialettica fra una proprietà astratta e una proprietà concreta, fra un dominio 'metastorico' e un dominio 'storico', che, avvalorata dal concordante insegnamento rosminiano, costituirà una lezione condizionante per il pensiero giuridico ottocentesco.

In alto, molto in alto e molto al di sopra della relatività storica,

---

(74) Romagnosi, nel suo lungo itinerario scientifico, usa con qualche variazione semantica la ricca terminologia. Per esempio, nell'uso del termine 'dominio' sembra indubbio uno scarto fra quanto egli ne scrive nella sua *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, cit., § 300 ss., p. 283 ss. — che è del 1805 — e nelle sue *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1577, p. 1193 — che appaiono postume nel 1839. Noi non abbiamo raccolto queste diversità, parendoci delle sfumature che non toccavano la sostanza del pensiero romagnosiano, almeno nella linea interpretativa proposta nel testo.

sta il «primitivo concetto semplice ed assoluto» di proprietà (75), un archetipo puro che incarna la forza e l'autonomia del soggetto in uno stadio di incontaminazione da parte di forze esterne, siano queste le cose o gli altri. É un «dominio puramente naturale» che «si suole comunemente concepire prescindendo da' rapporti della convivenza» e che può correttamente essere definito in tutta semplicità come «la facoltà di usare liberamente d'una cosa posseduta» (76), sottolineando la libertà come suo contenuto principalissimo.

Ma questo dominio è libresco; delinea «quei possessi che in una nuda ed ipotetica speculazione vengono figurati dagli scrittori di Diritto naturale» (77), e rappresenta solo un versante del fenomeno proprietario, che si esaurisce a livello dell'intrasubbiettivo e del solitario (78). Lo studioso della proprietà deve tentare però di conseguire una visione meno parziale, più complessa e anche più completa; deve scardinare la proprietà dal chiuso involucro del microcosmo individuale e vederla invece al centro di un tessuto di relazioni che involge individui e cose. La visione 'semplice' del *dominium* si farà 'composta', e la sua struttura apparirà sempre più spostata dal piano della capacità d'un soggetto a quello di rapporto.

Il discorso romagnosiano diventa complesso ma anche significativo nel momento in cui egli afferra l'archetipo di proprietà — che ha accuratamente delineato e in cui crede — e, quasi di prepotenza,

---

(75) G. D. ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque nella rurale economia ossia dei diritti legali e convenzionali delle acque in quanto concerne la loro acquisizione, la loro conservazione, il loro uso, il loro commercio e la loro difesa sia giudiziaria che stragiudiziaria nella rurale economia*, in *Della condotta delle acque e della ragione civile delle acque - Trattati* riord. da A. De Giorgi, Milano, 1842-43, § 328, p. 1330.

(76) ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 325, p. 1328.

(77) G. D. ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque secondo le vecchie intermedie e vigenti legislazioni dei diversi paesi d'Italia colle pratiche rispettive loro nella dispensa di dette acque*, in *Della condotta delle acque e della ragione civile delle acque - Trattati* riord. da A. De Giorgi, Milano, 1842-43, § 545, p. 252.

(78) «Per comprendere il principio eminente e filosofico conviene considerare che cosa importi il sistema *pratico* delle *stabili* proprietà nella *convivenza* di una ordinata aggregazione sociale. Finché consideriamo isolatamente il dominio delle cose come fondato sui bisogni degl'individui singolari, noi ci restringiamo a vedute parziali, dalle quali non è possibile trarre i rapporti *composti* della civile convivenza» (ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque*, cit., § 542, p. 250).

lo immerge nella relatività del reale sottoponendolo a una verifica preziosa.

A questo bisogno di verificare la proprietà nel concreto doveva spingerlo la sua lunga esperienza di operatore pratico del diritto: l'uomo che, per anni, aveva esercitato il notariato, l'avvocatura e l'attività giusdicente; che aveva avuto il singolare privilegio di vivere la pratica giuridica nei suoi diversi momenti e nei suoi diversi angoli d'osservazione, non poteva sentirsi appagato di quel modello di proprietà tirato sì a lucido ma disarticolato dal terreno dei fatti. Sotto questa spinta l'indagine si allarga, l'analisi si approfondisce: ciò che a uno sguardo superficiale poteva apparire lineare ed elementare, rivela un proprio spessore insospettato. La ricerca, scendendo a livello dell'esperienza quotidiana, si prolunga, e la linea diritta e nitida dell'istituto si complica e si contorce.

A guardare la proprietà dall'interno del soggetto proprietario essa svela pienamente il carattere, cui prima si accennava, e cioè la semplicità. Una semplicità costruita sulla falsariga di quella del soggetto, poiché è alla semplicità dell'individuo che corrisponde la perfetta semplicità della sua manifestazione espansiva verso l'esterno.

La proprietà costruita dietro un modello rigorosamente individualistico del vivere associato non può pertanto che ridursi a uno schema semplicissimo, il più semplice possibile. Solo che questa semplicità diventa apparente appena che l'angolo d'osservazione lasci la quieta sponda dell'uomo interiore e si sposti al di fuori di esso. Come per incanto, allora, il quadro — nel completarsi — si complica.

É quanto succede al nostro Romagnosi, quando intende contemplare il fenomeno proprietà non più soltanto *ex parte unius subiecti*, ma anche *ex parte obiecti*, ma anche *ex parte ceterorum*. Seguiamolo in questo processo di maturazione d'una sempre maggior consapevolezza.

É una curiosità intellettuale — e qui curiosità vale, com'è appena il caso di precisare, per insoddisfazione razionalmente e moralmente fondata —, che porta il giureconsulto emiliano a trarre la più debita conseguenza dell'essere la proprietà una relazione fra individuo e cose e a misurare cioè la relazione non soltanto da un unico capo ma anche dall'altro. Guardare la proprietà del basso, dal

versante delle cose: ecco l'intendimento deciso di Romagnosi, e, insieme, il segno della sua affrancazione dalla coinè culturale imperante in Italia e la scaturigine della ricchezza del suo messaggio.

Né si creda che ciò sia un aspetto emergente del tardo studioso della disciplina giuridica delle acque, tratto a una simile scelta e quasi costrettovi da una materia per sua natura tecnicissima e dominata da meccanismi ed esigenze obbiettivi. Un testo assai perspicuo e puntuale del più agguerrito lavoro teoretico della prima maturità sta a dimostrare che l'impegno dello studioso nella direzione soprasegnata non è occasionale, legato a oggetti specifici e transeunti di indagine, ma costante.

Scrive Romagnosi nel 1805: «incominciando a cogliere il concetto più semplice, il più generale ed il più pieno della padronanza nei suoi rapporti alla natura ed all'uso degli oggetti utili, di qualunque specie essi siano, la mente umana può distinguere la *sostanza* dell'oggetto dall'*uso* di lui; e può altresì distinguere l'una e l'altro dal godimento, ossia dalla consumazione, per servirsi d'un vocabolo di Economia. Può dunque nella facoltà fisico-morale dell'uomo distinguere altrettanti diritti correlativi; e così chiamare *diritto di proprietà* quello che ha per suo oggetto la sostanza: *diritto di uso* quello che ha per oggetto la capacità a farlo servire o direttamente o indirettamente alla utilità o ad altro volere umano; *diritto* finalmente *di godimento* la facoltà irrefragabile di giovarsi dei frutti ... Se si considera questo triplice diritto *riunito* in un solo uomo, si forma la nozione del *pieno* dominio relativa alla *natura* degli *oggetti*» (79).

Nel momento in cui il giureconsulto-filosofo ha guardato alla proprietà attraverso il filtro della 'natura degli oggetti', l'apparentemente semplice si è complicato, il compattamente unitario si è scomposto, rivelando una sottostante struttura complessa. Dal basso, lo spessore della cosa — che si manifesta in tutta la sua profondità — si scinde in sostanza, uso e godimento e, sempre dal basso, su questi momenti primordiali della cosa si erigono differenziate le situazioni soggettive sulla cosa: diritto di proprietà, diritto d'uso, diritto di godimento; situazioni differenziate, perché fondate su una diversità che è scritta nella cosa stessa.

---

(79) ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, cit., § 325, p. 304.

É *ex parte rei* che la proprietà appare 'naturalmente' una riunione di diritti, ciascuno autonomo perché funzionalmente autonomo, con un'autonomia che viene rigorosamente dedotta dalla lettura spassionata e obbiettiva della cosa. Il modello della proprietà — la proprietà in astratto, in assoluto; una situazione che, nella sua staticità, sembra una e immutabile — appena che fuoriesca dal bozzolo dell'individuo ed entri in contatto con la realtà esterna, consegue una sua dinamica interna, si articola, si sviluppa, ne è intimamente condizionata, mostrando una tendenza a scomporre la propria unità.

Deposto il paraocchi soggettivistico, imboccata la strada di spostare l'angolo d'osservazione fuori del soggetto, è comprensibile che Romagnosi possa e voglia trarre tutte le conseguenze ragionevoli d'una simile impostazione. Se, nel testo sopracitato, la scomposizione è arrivata a percepire un diritto di proprietà cui si aggiungono un diritto d'uso e un diritto di godimento, non sorprende che, trattando di materia così legata alle concretezze economiche e tecniche quale quella delle acque, Romagnosi arrivi alla teorizzazione del frazionamento dell'*unum dominium* e della moltiplicazione dei *dominia*, cioè alla soglia di quella dottrina del dominio diviso che egli ha studiato a fondo (80) e che, nella sua articolazione di dominio diretto e dominio utile applicata all'enfiteusi e al feudo, non riscuote le sue illuministiche simpatie (81).

«La parola DOMINIO — insegna Romagnosi — è bensì parola unica, ma non cosa unica, semplice ed indivisibile. Il dominio reale inchiude tanti elementi, quanti servigi e quante utilità può somministrare il possesso d'una cosa. Se alienate per sempre o temporariamente alcuna delle facoltà utili de' beni posseduti, anche salva la proprietà del fondo, voi alienate realmente una porzione del vostro dominio, di modo che l'acquirente sottentra in vostro luogo nel

(80) Che egli ne conoscesse approfonditamente il meccanismo economico-giuridico è dimostrato da diverse testimonianze. Puntualissima quella in cui incentra la propria attenzione sulla autonomia delle situazioni del direttario e dell'utilista. Vedila in *Ordinamento giuridico del Tavoliere di Puglia*, in *Opere*, vol. VI - *Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico*, Firenze, 1833, p. 158.

(81) Egli parla talora della «illusione dei vocaboli di *diretto* e di *utile*» (ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 542, p. 1470) o de «la trita, notoria e volgare denominazione di *direttario* e di *utilista*» (*ibidem*, § 553, p. 1474).

possesso, o perpetuo o temporaneo, o semplice o condizionato, di questa porzione alienata. Dunque egli non avrà un dominio pieno ed assoluto, ma solamente un dominio parziale e condizionato. Tal'è quella che voi appellate servitù d'acquedotto» (82).

Si noti intanto come il discorso romagnosiano, pur occasionato da uno specifico problema in tema di servitù d'acquedotto, si risolva subito in un impegnatissimo discorso di qualificazione e sistemazione giuridica, che appartiene alla teoria generale dei diritti reali.

Riaffiora, con una coloritura straordinariamente netta, la concezione della proprietà come diritto complesso che era perfettamente presente nel testo del 1805, ma qui la conclusione è portata alle sue estreme derivazioni logiche svelando una lettura tutta economica della 'proprietà reale': il momento 'proprietà', se lo si guarda *ex parte rei*, non può non collegarsi con gli aspetti essenziali della cosa e non può non esprimere esigenze che in quella sono scritte; la sua divisione in tanti momenti autonomi si modella — in concreto — sul calco dalla cosa, nella quale sono incluse molteplici funzioni economiche autonome, ossia le sue varie utilità.

É così in nome d'una funzionalità obbiettiva che il giurista scopre la natura composita del dominio e costruisce i diritti reali limitati come proprietà semipiene, tante proprietà semipiene quante sono le utilità espresse dalla cosa. L'aver scelto per angolo d'osservazione quello stesso dei medievali conduce l'osservatore a percorrere per buona parte il loro stesso itinerario portandolo a una conclusione quasi obbligata, la conclusione consolidata nella tarda sistematica del diritto comune, nelle trattazioni generali di un Mantica o di un Richeri, nelle monografie speciali di un Claro e di un Valasco, che egli dimostra di conoscere ottimamente.

In questa direzione e a questo punto d'arrivo costringeva la 'realità' della proprietà, cioè la qualità del dominio esterno di essere naturalmente implicato con le cose; in una direzione non molto dissimile spingeva anche l'altra ineliminabile dimensione di quello: la sua socialità.

---

(82) ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 377, pp. 1351-52. Più sotto (§ 378, p. 1352) ribadirà con decisione: «essa è facultà immobiliare e di dominio immobiliare, benché tale dominio non sia né pieno, né assoluto, e molte volte non perpetuo».

Se la proprietà senza aggettivazioni può annidarsi all'interno del soggetto, il dominio esterno non può non far conto invece delle cose e degli altri. Se la prima può costruirsi come un concetto 'nudo' ed 'assoluto', il secondo dovrà convenientemente 'atteggiarsi' (83) nel momento in cui diventa organizzazione della civile convivenza e strumento di relazione tra il proprietario e gli altri soggetti.

Anche nello studio della dimensione sociale della proprietà, Romagnosi non ha un minimo di esitazione e ripete disinvoltamente l'operazione precedente: come dianzi si era spostato *ex parte rei*, così ora assume come angolo d'osservazione a lui congeniale e proficuo quello che guarda al soggetto proprietario partendo dalla comunità e dalle sue esigenze. Ne scaturisce quella dottrina dei 'temperamenti' della proprietà, quella teoria del 'dominio sociale o civile', che costituirà la lezione più ricevuta del giureconsulto emiliano e a cui è legata — per buona parte — la sua fama presso le generazioni successive (84).

Tralasciando gli aspetti maggiormente vocali e sonori su cui ha speculato fino ad oggi la retorica di chi — filosofo o giurista — si sente a suo agio più nel limbo delle nozioni fumose che sul terreno rigoroso dei concetti e degli schemi tecnici; tralasciando la carica d'imprecisione che la nozione tutta etico-sociale di 'temperamento dei possessi' comporta, limitiamoci a constatare l'unico fatto che ci interessa: il mutamento dell'angolo d'osservazione rende più complesso il fenomeno proprietà; la sua proiezione nel sociale deteriora la semplicità del modello astratto, lo propone più come rapporto che come capacità di un individuo 'robinsoniano'. E nel rapporto lo strumento narcisistico del soggetto proprietario scopre i propri limiti e anche le proprie possibilità di smembramento. Si fa avanti un concetto di 'dominio civile', la cui vocazione è la socialità ed entro il quale la nozione di limite si pone come connaturale (85).

---

(83) È terminologia tipicamente romagnosiana. V. ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 326, p. 1329.

(84) Dottrina e teoria ricorrenti in molte pagine romagnosiane, ma limpidamente espresse in *Della condotta delle acque*, cit., §§ 542-546, pp. 250-253 e in *Della ragione civile delle acque*, cit., §§ 325-332, pp. 1328-1331.

(85) «Il dominio *civile* [si suole considerare] poi come *La facoltà di usare liberamente di una cosa posseduta, salvo ogni contemperamento sociale necessario*. Dunque

La faticosa indagine di Romagnosi approda dunque al grosso risultato della relativizzazione del modello assoluto di 'dominio naturale': senza distruggere il modello, senza operarne la sostituzione (86), ma sviluppandolo, articolandolo e modificandolo, nell'istante stesso in cui l'archetipo si è fatto storia e si è mescolato agli uomini e alle cose.

I legami che vincolano la riflessione romagnosiana a tutta la coinè culturale dell'individualismo possessivo non sono smentiti. Al di sopra del relativo sta *la* proprietà — il 'dominio naturale' — che trova unicamente nella libertà la propria dimensione essenziale, giacché la 'padronanza' è innanzi tutto qualità ontologica del soggetto. Al di sotto, sta il 'dominio sociale' realizzantesi in tanti dominii variamente 'atteggiati', contrassegnati da limitazioni profonde della naturale libertà.

L'idea di proprietà è quella che si costruisce sul modello, la regola della proprietà è da quello che scaturisce; limitazioni, restrizioni, smembramenti — che agiscono a un livello inferiore — sono pensabili solo come eccezioni al principio (87). L'incastellatura teorica insiste sulla libertà come valore intimo del *dominium*, ma falserebbe di parecchio il messaggio romagnosiano chi la accettasse senza verificarla in tutta la sistemazione operata dal nostro.

Non vorremmo tuttavia dire che, come già si è rilevato per il giureconsulto medievale, si tratti qui solo di un omaggio formale alle sue fonti speculative e che abbia soltanto un significato retorico. In Romagnosi il tributo a quelle fonti è fatto di consapevolezza e di convinzione. Ma è anche certo che il modello vien lasciato galleggiare sulle proprietà limitate, proprietà cui Romagnosi si è sforzato di recuperare la nozione di limite come nozione «di ragione e di giustizia naturale» (88). Ma è certo che la proprietà come forza

---

il dominio CIVILE si può denominare *dominio naturale socialmente contemperato secondo la necessità della convivenza*» (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 325, p. 1328).

(86) «Co'l contemperamento non è tolta la padronanza, e quindi il dominio naturale non è mutato, ma solamente ATTEGGIATO» (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 326, p. 1329).

(87) ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, cit., § 320, p. 310; *Della ragione civile delle acque*, cit., § 331, p. 1331.

(88) *Della ragione civile delle acque*, cit., § 330, p. 1330.

storica si allontana sempre più dall'archetipo puro per identificarsi con gli strumenti operanti in mezzo agli uomini e alle cose.

Non v'è dubbio che punto di partenza di tutta la ricerca è un modello metastorico, che non verrà mai negato, ma non v'è ugualmente dubbio che c'è da parte del ricercatore una totale disponibilità a superarlo, una attenzione che si sposta su di un istituto storico fatto di limiti e di smembramenti, rigurgitante di economicità e di socialità. Che poi quei limiti e quegli smembramenti vengano posti come eccezioni, è affermazione nominale e presto vanificata.

Romagnosi offriva in tal modo ai suoi futuri lettori spunti riflessivi, che si sarebbero rivelati di grosso significato storico: una testimonianza perennemente percorsa da una duplice coscienza fatta di certezze ed esigenze giusnaturalistiche, e di sano e sensato empirismo; nell'alveo tracciato da questa duplice coscienza, la altrettanto perenne dialettica fra modello assoluto e nozione reltiva di proprietà (89), vissuta senza lacerazioni perché costantemente sottoposta a un tentativo di composizione.

Ne emergevano intime contraddizioni, ma anche una visione complessa e — insieme — una acuta consapevolezza morale del problema dell'appartenenza.

Il tentativo poi di costruire alcune proprietà dal di fuori, cioè dall'esterno del soggetto, valeva a delineare in tutta la sua complessità l'immagine dell'istituto, recuperando alla sua natura sia smembramenti che limitazioni (90). E anche se non si arrivava a teorizzare una diversità di incidenza delle limitazioni a seconda delle diverse categorie di beni, si giungeva ad ammettere empiricamente restrizioni particolari su oggetti specifici, quali il bosco, le acque, la palude, il terreno minerario; testimonianza preziosa ed — a ragione

---

(89) Tra la «proprietà sociale» e quella «astratta e nuda» (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 418, p. 1373).

(90) Col soccorso efficace d'una immagine naturalistica, ecco espresso limpidamente il pensiero di Romagnosi: «Figuratevi un fluido abbandonato all'indole propria, o veramente una superficie, una sfera per ogni parte espansiva. Voi immaginerete, p.e., un globo, una superficie rotonda. Supponete in seguito il bisogno quà di allungare, là di restringere questa materia, senza toglier nulla alla sua sostanza (come nel fabbricare un edifizio voi figurate i materiali ai quali dovete dare forme diverse): allora quella sfera e quella superficie acquista certe forme, le quali nel suo primitivo concetto semplice ed assoluto voi non ravvisavate» (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 328, p. 1330).

— invocata dalla dottrina che, nella seconda metà dell'Ottocento, si troverà in Italia assai occupata nel costruire certe proprietà peculiari dietro la spinta d'una variata circolazione economica e di variate esigenze politiche (91).

5. Quel complesso di idee, che abbiamo esposto nel capitolo precedente come la dottrina romagnosiana della proprietà, non è espressa dall'autore in una sistemazione organica, ma è piuttosto ricostruibile da varii contributi che costellano il lungo itinerario di ricerca del giureconsulto emiliano.

Assolutamente organica, pensata e risolta in tutte le fondazioni speculative, sistemata come riflessione unitaria ed autonoma nel grande contesto della 'Filosofia del diritto' (92), è invece la dottrina rosminiana della proprietà (93). Una vera e propria teoria generale della proprietà, momento autonomo e specifico della ricerca speculativa dell'autore, che dalle supreme radici ontologiche scende fino a ricomprendere le ultime derivazioni giuridiche; una teoria generale — per giunta — che è e vuole essere anche giuridica, mettendo in opera strumenti squisitamente tecnici proprii del giurista e facendo continuo riferimento alle fonti di cognizione del giurista, quali la *jurisprudentia* e la legislazione.

La sua straordinaria compattezza ed organicità, la familiarità — di cui era intrisa — con le usuali fonti giuridiche (prima fra tutte il Codice austriaco), il suo proporsi apertamente come sistemazione — ad un tempo — filosofica e giuridica, spiegano la sua grossa fortuna e recezione nel tardo Ottocento in Italia; fortuna e recezione che contraddicono all'immagine di un pensatore generalmente poco accetto al clima culturale italiano per il suo taglio fondamentalmente

---

(91) G. D. ROMAGNOSI, *Principii fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, in *Opere - Diritto filosofico*, T. IV, Firenze, 1832 [2], pp. 103-104.

(92) Non soltanto in essa, ma soprattutto in essa, con un disegno organico e con un programma compiuto. Cfr. A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, II, Padova, 1968 (*Opere edite e inedite di Antonio Rosmini-Serbati*, vol. XXXVI), *passim*.

(93) Una eccellente introduzione al discorso rosminiano sulla proprietà può ancor oggi reperirsi nella robusta indagine di P. PIOVANI, *La teodicea sociale di Rosmini*, Padova, 1957, p. 171 ss. Al tema della proprietà — ma da altro angolo d'osservazione — sono rivolte alcune pagine di F. TRANIELLO, *Società religiosa e società civile in Rosmini*, Bologna, 1966, p. 76 ss.

metafisico e per il suo armamentario logico e terminologico di impronta sostanzialmente neo-scolastica.

Senza pretendere di esporre una sintesi della sua riflessione, cerchiamo qui piuttosto di individuare gli aspetti di questa, che l'esegeta successivo utilizzerà per suo conto.

Motivo centrale — come in Romagnosi, ma in modo assai più marcato — è la coscienza della complessità della proprietà. Per Rosmini infatti proprietà è una dimensione del soggetto, che va dalle sue scaturigini metafisiche agli istituti giuridici della convivenza quotidiana, e contraddistingue correttamente sia «tutto ciò che la persona ha seco congiunto come parte di sé, ossia come suo» (94), sia il diritto particolare sulle cose esterne.

Ancor più che in Romagnosi, in lui la proprietà è uno schema interpretativo della realtà facente capo a un soggetto, ed è qualcosa che esorbita dai confini del giuridico per guadagnare la sua giustificazione e la sua legittimità all'interno della stessa filosofia dell'essere (95).

La coinè culturale moderna è chiaramente presente in questa ipervalutazione della dimensione proprietaria, in questa sua dichiarata onnivalenza interpretativa; solo che in Rosmini quella presenza non consente di inserirlo immediatamente nell'alveo di una riflessione individualistica, perché tutto è filtrato attraverso la grande speculazione teologica moderna — da quella dei francescani alla Seconda Scolastica spagnola —, che egli conosce approfonditamente (96) e che conferisce

---

(94) Afferma esplicitamente Rosmini: «noi non limitiamo la parola *proprietà* a solo indicare con essa il dominio delle cose esterne; ma la prendiamo nella sua estensione originaria e nativa; nella quale significa tutto ciò che la persona ha seco congiunto come parte di sé, ossia come suo. In questo significato ... la parola *proprietà* è acconcissima a significarci quel *carattere* che contraddistingue l'esistenza de' diritti e de' doveri giuridici; perocché in tal significato la proprietà costituisce una sfera intorno alla persona, di cui la persona è il centro» (*Filosofia del diritto*, p. 189).

(95) Puntualmente ed esattamente si scrive (P. Piovani, *Rosmini e il socialismo risorgimentale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXVIII (1951), p. 89) che «è impossibile ridurre il concetto rosminiano di proprietà ad una qualsiasi delle tesi che la politica dell'Ottocento ha elaborato sul delicato tema: è impossibile perché in Rosmini quel concetto affonda direttamente le sue radici in tutta quanta la filosofia dell'essere». Cfr. anche, dello stesso Autore, *La teodicea sociale di Rosmini*, cit., pp. 195-96.

(96) Che egli conoscesse la grande disputa francescana sulla povertà e sulla differenziazione fra proprietà ed uso è dimostrato, per esempio, da *Filosofia del diritto*,

alle sue conclusioni — formalmente e sostanzialmente — tratti spiccatissimi di autonomia.

La confessione di appartenenza a quella coinè si ha quando, alla base di tutta la costruzione, si propone il meccanismo interiore di autonomia di un soggetto come meccanismo proprietario, proprietà di sé, e quando si conclama che «il principio di ogni proprietà esterna è la proprietà di se stesso, la quale finisce come in sua ultima radice ed apice nella libertà personale» (97); si ha quando si lega in un modo inscindibile libertà, autonomia, proprietà. E non si può non delineare, di conseguenza, un'idea assoluta, illimitata, pienissima di proprietà.

Qui però, dove la costruzione potrebbe semplificarsi e chiudersi, dove il filosofo potrebbe dare agevolmente una risposta finale in perfetta sintonia con l'individualismo imperante, proprio qui prende forma un inappagamento sempre più definito ed ha inizio l'approfondimento rosminiano della nozione. Esattamente qui ha origine l'esigenza di veder meglio e più a fondo, di indagare tutto lo spessore del fenomeno proprietario. Qui si fonda quella incessante dialettica fra 'proprietà' e 'diritto di proprietà', che caratterizza l'insegnamento del filosofo roveretano e che si presenta come la articolazione essenziale — dicotomica — della sua teoria della proprietà.

Il disagio dell'interprete nasce dalle premesse speculative che egli stesso ha poste: se la proprietà è, in fondo, l'autonomia del soggetto sorpresa nel suo aspetto esterno di garanzia e di tutela d'una individualità; se essa, conseguentemente, deve essere illimitata, questa illimitatezza non può non turbare la coscienza morale vigilantissima del filosofo, che vede lo strumento di autonomia degenerare inesorabilmente in strumento di egoismo e d'arbitrio. Senza contare che sul teologo Rosmini premevano voci autorevoli della riflessione cristiana che avevano insistito sugli aspetti patologici della proprietà, e che di fronte al giurista Rosmini si poneva come ammonimento la costante esigenza di legislatori e giurisperiti che, nei tempi più diversi, avevan sempre cercato di fissarne i limiti.

---

n. 989, p. 420. Abbiamo altrove dimostrato come questa disputa sia da interpretarsi storicamente come l'avvio alla costruzione di una antropologia moderna rispetto ai beni (cfr. GROSSI, *Usus facti*, cit., *passim*).

(97) PIOVANI, *La teodicea sociale di Rosmini*, cit., p. 199.

La ricerca di Rosmini prende dunque l'avvio da una duplice e contraddittoria consapevolezza: che il limite è, al tempo stesso, squisitamente connaturale e antinomicamente innaturale alla proprietà. Un nodo gordiano che il filosofo roveretano crede di poter sciogliere operando una mediazione; una mediazione conseguita attraverso l'analisi accurata dello schema appropriativo e cioè attraverso la fondamentale distinzione or ora accennata fra *la* proprietà e *il diritto di* proprietà.

La proprietà è da scoprire all'interno del soggetto ed è una dimensione tipicamente intrasubbiettiva; essa è innanzi tutto un sentimento, una persuasione (98) con cui la persona, appropriandosene psicologicamente, tende a inserire le cose nella propria sfera, ossia «rende le cose come altrettante parti di sé» (99); né v'ha dubbio alcuno che per darsi proprietà non occorre la presenza d'un altro soggetto, ma che anche un uomo solo al mondo può correttamente qualificarsi come proprietario (100). Più che un rapporto, essa è infatti una «inclinazione», una «virtù» (101) del soggetto, una sua capacità qualificata, e partecipa intimamente dei caratteri della persona (102).

«La proprietà come tale è una, semplice, indivisibile, come la persona» (103), né deve meravigliare se i suoi attributi essenziali si rinvengono nella esclusività, nella perpetuità, nell'unità e semplicità, nella illimitazione (104). La proprietà è «un solo concetto, e semplicissimo» (105), ed è illimitata unicamente perché è una dimensione sostantiva della libertà personale (106).

Anche nella sistemazione rosminiana la riflessione sulla proprietà prende l'avvio definendo il modello metastorico e assolutizzandolo. Ma anche qui il discorso immediatamente si complica e lo schema proprietario svela dei versanti assai differenziati.

---

(98) *Filosofia del diritto*, § 946, p. 410.
(99) *Loc. ult. cit.*
(100) *Filosofia del diritto*, § 925, p. 406.
(101) *Filosofia del diritto*, § 945, p. 410.
(102) *Filosofia del diritto*, § 946, p. 410.
(103) *Filosofia del diritto*, § 951, p. 411.
(104) *Filosofia del diritto*, §§ 947, 948, 949, 950, 951, 952, p. 411.
(105) *Filosofia del diritto*, § 950, p. 411.
(106) *Filosofia del diritto*, § 952, p. 411.

Accanto a *la* proprietà, quella che Rosmini qualifica altresì «proprietà come *fatto* della natura umana» (107), si profila *il diritto di* proprietà, che significativamente Rosmini — suddito di casa d'Austria ed eccellente conoscitore del Codice austriaco — definisce, con la stessa terminologia dell'ABGB, «la proprietà come diritto» (108).

Ed emerge chiaro l'intento dell'indagatore di diversificare le due situazioni, anzi di separarle rigorosamente, segnando fra esse un rigido confine concettuale (109); perché la seconda è, al contrario della prima, una situazione cui intrinsecamente inerisce l'idea della limitazione e della divisibilità; perché la seconda appartiene al territorio del giuridico, mentre la prima si adagia interamente nel regno della morale. E il giurista Rosmini, consapevole che la questione «è tutta giuridica» (110), tiene a questa azione di regolamento dei confini recuperando al giuridico, con un discorso dall'impianto squisitamente giuridico, una proprietà sostanzialmente autonoma.

La diversificazione discende da un'analisi strutturale dello schema appropriativo, alla luce della quale lo schema stesso, come era del resto accaduto anche a Romagnosi, mostra — al di sotto di una apparente semplicità — la complessità della sua articolazione.

Semplice è la proprietà come fatto, proprio perché in essa domina il soggetto, perché essa fa i conti solo col soggetto che è, al massimo grado, unità e semplicità; perché essa non valica i termini stessi del soggetto. Questo è un principio assolutamente chiaro in Rosmini, che ha il merito di insistervi con un linguaggio immaginoso ed efficace: «il soggetto uno e semplice, com'egli è, produce la proprietà come cosa unica, e, per così dire, compatta» (111).

Ma tutto ciò non può non mutare appena che la proprietà, esteriorizzandosi e concretandosi nel diritto di proprietà, non fa più i conti soltanto con il soggetto ma con una realtà fatta di cose e soprattutto di uomini: la modificazione strutturale si verifica anche per Rosmini quando il *dominium* da capacità si fa relazione sotto-

---

(107) Cfr., fra i tanti esempi, *Filosofia del diritto*, § 960, p. 414.

(108) *Filosofia del diritto*, § 929, p. 407.

(109) «Segregare» è il termine usato da Rosmini (vedi *Filosofia del diritto*, § 960, p. 414).

(110) *Filosofia del diritto*, § 956, p. 412.

(111) *Filosofia del diritto*, § 970, p. 416.

mettendosi alla «esigenza morale» dei varii oggetti (112), moltiplicandosi e trasformandosi, incontrando «vari limiti reali, secondo le circostanze e gli accidenti» (113).

In questa visione *oggettiva* del diritto di proprietà la premessa metastorica non viene smentita, ma tende a porsi come un archetipo sempre più lontano e sempre più «segregato» (114). Se, in linea di principio, i caratteri individuati ne *la* proprietà si affermano persistere con piena validità in ogni espressione dominativa (115), la linea dell'autore è tutta dedicata all'opera di separazione e di confinazione, di enucleazione e precisazione delle diversità, con la più assidua vigilanza a non confondere le due sfere (116) e con la costante preoccupazione metodologica relativa a «come si deve condurre l'analisi del diritto di proprietà» (117).

---

(112) «Nella proprietà mera domina il soggetto; nel diritto ciò che il soggetto fa naturalmente viene sottomesso all'esigenza morale dell'oggetto. Il soggetto uno e semplice, com'egli è, produce la proprietà come cosa unica, e, per così dire, compatta; ma dovendo poi essa proprietà considerarsi in relazione cogli altri uomini, si moltiplica e si trasforma in altrettanti diritti quante sono le relazioni speciali con essi, e le varie modificazioni che da quelle relazioni, in cui si considera, ella riceve» (*Filosofia del diritto*, § 969 e 970, pp. 416-417).

(113) *Filosofia del diritto*, § 974, p. 417.

(114) Rosmini ha la cura e la lealtà di precisarlo: dopo avere insistito sulla «illimitazione» come carattere essenziale della «mera proprietà», egli sente il bisogno di aggiungere in una nota significativa: «si consideri però, che se l'uomo conosce i suoi simili, e *riflette* à riguardi morali loro dovuti, egli non può più acquistare questa *persuasione* d'una illimitata proprietà. La proprietà adunque di fatto di cui parliamo ha luogo, quando l'uomo o trovasi isolato da' suoi simili, o sì occupato di sé, che non riflette alle esigenze morali di essi» (*Filosofia del diritto*, § 946, nota I, p. 411). Come è dato vedere, il modello intrasoggettivo di proprietà, con tutte le sue assolutezze e illimitazioni, diviene un archetipo cui spetta una funzione di mero riferimento per le proprietà-relazioni.

(115) «La proprietà considerata come diritto, ritiene assai della natura della proprietà considerata come fatto; perché quella non è che questa sottoposta al temperamento della ragione morale» (*Filosofia del diritto*, § 954, p. 412). E ancora: «La proprietà, elevandosi ad esser diritto, non muta natura, e ritiene i quattro solenni suoi caratteri dell'*esclusività*, della *perpetuità*, dell'*unità* e della *illimitazione*» (*ibidem*, § 962, p. 414).

(116) Rosmini, proprio all'inizio della sua indagine, lamenta che la definizione del diritto di proprietà come potere arbitrario abbia origine nella deprecabile confusione operata dalla più gran parte de' giuristi fra proprietà come fatto e proprietà come diritto (*Filosofia del diritto*, §§ 927-28, p. 406).

(117) Cfr. *Filosofia del diritto*, articolo V, p. 414. Preciserà, in seno a questo 'articolo', Rosmini: «segregata la *proprietà* come un fatto della natura umana dal diritto

Le diversità sono ben segnate: non più unità, ma complessità; non più illimitatezza ma costante sottoposizione a limiti (118). E Rosmini è lieto di concordare con l'autorevole e prediletto Zeiller (119) che il diritto di proprietà è per sua natura un «diritto complesso» divisibile e limitabile (120).

L'analisi prosegue infatti in una minuziosa scomposizione della situazione soggettiva, né si appaga di individuare al suo interno tre situazioni più elementari — il diritto di predisposizione, il diritto dell'uso, il diritto di proprietà nuda —, ma, nella consapevolezza che anche questi siano «diritti ancora complessi», si seziona e si distingue più a fondo (121).

A fronte della unità e semplicità dell'archetipo dominativo, il diritto di proprietà rivela dunque il suo carattere composito e, come ogni realtà composita, la sua naturale tendenza a scindersi in tante frazioni o addirittura in tante proprietà. E Rosmini, ormai dimentico della «mera proprietà», non ha difficoltà ad accettare, sia pure variandola di poco, sulla scorta del suo Codice austriaco, la dottrina del dominio diviso (122).

---

di proprietà, già ci si rende chiaro che cosa ci resta da fare, proponendoci di analizzare il diritto di proprietà. La precedente distinzione ci mostra ancora la via da tenere in quest'analisi; poiché ella ci dà l'importantissimo corollario che il diritto di proprietà si può considerare sotto due aspetti, cioè in quanto egli ritiene della natura della proprietà, e in quanto egli se ne allontana» (*ibidem*, § 960, p. 414). In perfetta conseguenza di questa premessa, Rosmini articola il proprio discorso in una «analisi del *diritto di proprietà* in quanto esso è la proprietà stessa» (articolo VI) e in una «analisi del *diritto di proprietà* in quanto egli è *diritto*» (articolo VII).

(118) *Filosofia del diritto*, § 974, p. 417.

(119) Di Franz Aloys von Zeiller, autore di uno dei più notevoli commentari all'ABGB e partecipe della stessa formazione del Codice, Rosmini ebbe una enorme stima, come è provato dalle numerosissime citazioni che della sua opera si rinvengono tra le pagine del roveretano. Si veda anche l'incondizionato elogio che egli ne tesse in esordio alla *Filosofia del diritto*, Introduzione, p. 9. La citazione di Zeiller, cui ci si riferisce nel testo, è al § 972, p. 417. Sullo Zeiller e sulla sua opera, vedi la pagina riassuntiva di LENTZE, *Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft*, cit., pp. 61-62, nonché i cenni di K. EBERT, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft - Ein Beitrag zur Zeit des späten Naturrechts in Österreich*, in ZSS-GA, LXXXV (1968), p. III ss., dove possono reperirsi altre indicazioni bibliografiche.

(120) *Filosofia del diritto*, §§ 974-975, pp. 417-418.

(121) *Filosofia del diritto*, § 976, p. 418.

(122) Proprietà diretta e proprietà utile (indiretta) sono due situazioni diverse ma

Malgrado l'assolutizzante ontologia da cui muove, Rosmini è così pervenuto ad approdi assai remoti: il modello c'è, costruito accuratamente e straordinariamente compatto, ma è chiuso e — staremo per dire — devitalizzato entro la cittadella del soggetto. Un modello di estrema fragilità, perché gli basta una semplice esperienza di relazione per soffrire articolazioni interiori e addirittura per frantumarsi: il contatto con gli altri soggetti, con gli accidenti e le circostanze più varie è sufficiente per rompere una unità precaria, per limitare una assolutezza nominale, per scomporre definitivamente il mosaico. Operanti nell'esperienza giuridica — che è storia — prosperano e si moltiplicano invece numerosi schemi appropriativi sempre più distanziati dall'archetipo astratto.

Più che in Romagnosi è palese nel Rosmini teologizzante la consapevolezza di quella realtà contraddittoria che è la proprietà, contraddittoria almeno per chi — come il nostro — la guardi da un angolo d'osservazione che si ponga fra natura e storia, fra piano ontologico e piano giuridico. Ed è altrettanto palese il carattere mediativo della costruzione rosminiana, perennemente tesa fra contemplazione dell'assoluto e coscienza del relativo. La mediazione si compie nella scissione fra proprietà e diritto di proprietà, fra una proprietà perfetta che non appartiene alla storia e una proprietà relativa che della storia si nutre.

Le contraddizioni culturali di questo primo Ottocento sono tutte presenti in questa tormentata testimonianza, ingigantite e aggravate dalla singolarità del personaggio Rosmini: prete e teologo, egli non ignora lo sforzo dei neo-scolastici per la costruzione d'una ontologia della proprietà in piena coerenza con la loro impostazione umanistica e volontaristica ([123]); filosofo, conosce il senso della

---

paritarie, ciascuna improntata a una autonomia di cui l'indagatore si sforza di esasperare l'intensità e il rilievo: «La *proprietà diretta* adunque non è che un complesso di diritti che limitano il diritto di proprietà di quello che si chiama proprietario utile; come la *proprietà indiretta* non è che un complesso di diritti che limitano il diritto di proprietà di quello che si chiama proprietario diretto o direttario. Vi ha dunque divisione del diritto complesso di proprietà. I diritti di cui si compone sono qui spartiti fra i due proprietari, e ciò in diversi modi, secondo quello che risulta dall'origine di una tale divisione di diritti» (*Filosofia del diritto*, § 993, p. 420).

([123]) Abbiamo cercato di porlo in luce in una nostra precedente ricerca. Cfr. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit.

riflessione sociologica e politologica sei-settecentesca; giurista, giurista discreto e dotato di buoni strumenti tecnici, ha dietro di sè l'analisi dei medievali e di fronte i Codici, ma soprattutto uno, quello austriaco, con tutte le retrodatazioni che portava.

Il comporsi di questi influssi produce il frutto unico della teoria rosminiana della proprietà, essa stessa punto di confluenza teorica. Proprio perché confluenza, proprio per il suo carattere mediativo essa sarà ricevuta dai giuristi e circolerà fra di loro come presenza condizionante. Era, come si diceva all'inizio, l'unica elaborazione teoretica organicamente pensata e sistemata. Era, come aggiungiamo ora, una elaborazione in cui la doppia coscienza di molti giuristi equamente pendente come l'asino buridaneo fra la tentazione dell'assoluto e l'esigenza del limite, poteva riconoscersi, appagarsi, consolarsi.

Sotto il profilo delle scelte tecniche, essa contribuiva ad avvalorare nel paleocivilista italiano l'idea della proprietà come diritto complesso e la sostanziale indistinzione fra *dominium* e *jura in re aliena*. Dalla filosofia rosminiana della proprietà — da questa sorta di 'allgemeiner Teil' *ante litteram* — le conclusioni del diritto comune non ne uscivano sconvolte e dissacrate; se mai, ne uscivano avvalorate.

II. *L'analisi della proprietà nella paleocivilistica post-unitaria.*

1. Per la storia della nozione di proprietà la prima metà dell'Ottocento ci appare dunque, in Italia, come una zona in cui più modelli ispiratori circolavano e in cui la più provveduta riflessione giuridica — anche nei paesi a diritto codificato, anche nella stessa Francia — dimostrava di essere ancora intimamente caratterizzata dalla linea d'approccio e dallo strumentario diagnostico del tardo diritto comune; in cui alcune autorevoli indagini proponevano una visione complessa della proprietà elaborata sempre all'insegna di una consapevole mediazione.

In questa zona, che esprime con le sue incertezze, le sue incoerenze, le sue intuizioni il volto tipico di anni di transizione per il diritto e per il giurista, affondano le personalità di quegli intepreti cui toccherà il troppo gravoso compito di costruire per primi in Italia una teorica della proprietà sulla base del nuovo Codice unitario; una teo-

rica che avrebbe dovuto valere per una realtà socio-economica che andava evolvendosi rapidamente e che sembrava sempre più separarsi dalla precedente per una diversa qualità strutturale.

Era effettivamente un compito troppo gravoso per chi emergeva da quel nulla o da quel poco che era stata la dottrina civilistica peninsulare del tempo della Restaurazione, tanto più che quel poco non era solo segnato da povertà d'ingegno e di fondazioni culturali, ma anche da grosse incertezze di fondo, da una lacerazione fra l'esigenza di strumenti nuovi e un costume giuridico di vecchia data ancora resistente e persistente.

In questo clima, su questa frontiera fra due culture, va collocato l'indirizzo civilistico prevalente in Italia subito dopo l'unità, quello che abbiamo chiamato paleocivilistica italiana; e sarà, questa precisa collocazione, il solo modo per storicizzarlo compiutamente.

Esso è fatto di uomini, la maggior parte dei quali ha avuto il tempo di formarsi e di educarsi secondo i vecchi moduli interpretativi e costruttivi. Parecchi di essi nascono in terre ancora tenacemente abbarbicate nella tradizione del diritto comune, come la Toscana e gli Stati ecclesiastici: a Ferrara, nel 1804, Luigi Borsari, che confessa, in apertura del suo 'Commentario' civilistico, le proprie radici (124); Baldassarre Paoli a Firenze, nel 1811 (125); France-

(124) Nella prefazione (p. 14) del suo *Commentario del Codice civile italiano*, vol. I, Torino, 1871, Borsari, con una notazione autobiografica, si dice «educato alla scuola del diritto romano [qui diritto romano vale diritto comune] in quel tratto di paese italiano ove i moderni Codici non erano penetrati». Luigi Borsari (1804-1887) si laurea a Bologna nel 1824 e, dopo avere esercitato l'avvocatura a Ferrara, è dal 1845 professore di Diritto romano presso la Pontificia Università di Ferrara. Su di lui si possono vedere ora i cenni biografici di L. SCOLARI SELLERIO JESURUM, *Borsari, Luigi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XIII, Roma, 1971. Della sua amplissima opera di commentatore dei nuovi Codici a noi interesserà qui soprattutto il 'Commentario del Codice civile italiano', il cui primo volume appare a Torino nel 1871.

(125) Di Baldassarre Paoli (1811-1889) interessa qui soprattutto il corso *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, Firenze, 1887, parte del quale appare già, come *Nozioni elementari di diritto civile - Dell'instituto giuridico delle servitù*, in varii numeri del *Giornale delle leggi*, XIII (1882), da quello di giovedì 11 maggio in poi. Il Paoli studiò a Pisa, dove subì l'influenza di Federigo Del Rosso (cfr. più sopra, p. 452); dopo una breve esperienza nel foro, fu subito nella magistratura, nella quale percorse una fortunata carriera fino ad arrivare, nel 1877, all'ufficio dal Primo Presidente della Corte d'Appello di Firenze. Su di lui poco si ricava dal libello pubblicato dal figlio Cesare

sco Ricci a Macerata nel 1832 (126); Emidio Pacifici Mazzoni ad Ascoli Piceno, nel 1834 (127), tanto per ricordare gli autori notissimi e celebrati dei più diffusi 'corsi' e 'commenti' al Codice del '65, impegnati nella fatica esegetica della legge nuova con la mentalità ancora gremita di vecchi schemi interpretativi e di vecchie impostazioni. E non desta meraviglia, se si vede affermata l'esigenza di commentare il Codice «con la legge romana, le sentenze de' dottori

---

in occasione del primo anniversario della morte: *In memoria del senatore Baldassarre Paoli*, Firenze, 1890, che è soprattutto una raccolta di discorsi di circostanza (fra i quali, leggibile, quello di Piero Puccioni). Cenni biografici sul Paoli possono reperirsi nel discorso di C. PAOLETTI, inserito nell'opuscolo a stampa: *Inaugurazione d'una lapide alla memoria del Senatore Baldassarre Paoli nel paese di Strada in Chianti la mattina del XXIX settembre MDCCCLXXXIX*, Firenze, s.d. Un giudizio puntuale — non sapremmo dire quanto franco e quanto pungentemente reticente — sull'opera scientifica del Paoli e sui suoi grossi limiti è dato nel discorso commemorativo di un giureconsulto contemporaneo, Oscar SCALVANTI, *In morte di Baldassarre Paoli - Parole pronunziate nella R. Università di Pisa la mattina del 24 gennaio 1889*, Pisa, 1889, pp. 5-6: «i libri del Paoli sono di indole dommatica ed elementari ... ma in compenso non riuscirono annebbiati dalla troppo ostentata dottrina dei nostri giorni, la quale fa sì che alla pompa retorica di un tempo, sia sottentrato il lusso della erudizione».

(126) Francesco Ricci (1832-1902) è, come ognun sa, l'autore del diffusissimo e usatissimo nella pratica 'Corso teorico-pratico di diritto civile', il cui secondo volume trattante 'Dei beni, della proprietà e sue modificazioni' esce a Torino nel 1877.

(127) Il Pacifici Mazzoni (1834-1880), professore alle Università di Modena e di Roma, è forse il più noto tra i commentatori civilisti italiani, poiché alle sue 'Istituzioni di diritto civile italiano', pubblicate in prima edizione nel 1867 e poi frequentemente ristampate, toccò la ventura di un uso ininterrotto da parte della pratica grazie a un felice aggiornamento che ne fece, a partire dalla quarta edizione, un magistrato colto e lucido, Giulio Venzi. Il suo 'Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze de' dottori e la giurisprudenza' risale addirittura allo stesso anno di promulgazione del Codice ed è probabilmente il primo commentario a stampa di quel corpo legislativo. Un generoso giudizio sull'opera di Pacifici Mazzoni scrisse G. P. CHIRONI, *L'opera di E. Pacifici-Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia*, ora in *Studi e questioni di diritto civile*, volume I, Parte generale, Parte speciale - *Diritti reali*, Torino, 1915, p. 77 ss., ma si trattò di un eccesso di benevolenza. Un giudizio più riduttivo e forse più adeguato al personaggio fu invece quello di Leone Bolaffio, che, dando nell'ultimo capitolo di un suo volume istituzionale una sorta di bibliografia critica della civilistica italiana fino al 1882, lo qualificò come «scrittore di una fecondità meravigliosa» e «sapiente volgarizzatore delle scienze legali» (cfr. L. BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, Verona-Padova, 1882, p. 275). Il giurista marchigiano fu infatti un sistematore estremamente descrittivo, senza quel maggior respiro culturale e quello approfondimento problematico che è dato reperire, ad esempio, in talune pagine del Borsari o del De Filippis.

e la giurisprudenza», stampelle necessarie — soprattutto le prime due — per i primi claudicanti passi del malcerto giurista (128).

Né la situazione muta gran che nei paesi a regime codificato: come vedremo fra breve, la testimonianza di Matteo Pescatore, nato e vissuto sempre quale suddito del Regno sardo, sta, con le sue ambivalenze, a confermarlo (129), mentre un'altra testimonianza — quella del piacentino Francesco Saverio Bianchi — tutta permeata da un forte influsso del 'suo' Codice, il parmense, trova nelle retrodatazioni e nelle ambiguità della codificazione ducale presupposti e motivi di molte sue inconfondibili pagine sul tema della proprietà (130).

Insomma, tutti uomini — quelli or ora menzionati —, cui sembra al massimo grado convenire la collocazione che il Bonnecase assegnava agli esegeti francesi: personaggi fra due culture (131).

É una dottrina dall'armamentario ristretto, con una cultura specifica affatto limitata: al di là della provincia culturale cisalpina,

---

(128) Come è chiaramente segnato nella intitolazione del commentario di Pacifici Mazzoni.

(129) Personalità estremamente interessante questa del Pescatore (1810-1879), professore di Filosofia del diritto alla Università di Torino, poi giudice della Cassazione torinese. Su di lui si veda — più che uno scialbo saggio di A. Tozzi, *Il pensiero di Matteo Pescatore*, Pisa, 1953 — le vecchie pagine di L. Mattirolo, in *Annuario della R. Università di Torino*, a.a. 1880-81, Torino, 1881 e i cenni di G. Solari, *La vita e il pensiero civile di Giuseppe Carle*, in *Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, s. II, t. LXVI, p. II, n. 8 - *Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, Torino, 1926 (bibliografia su Pescatore a p. 13). Del Pescatore sarà qui utilizzato il volume: *Logica del diritto*, Torino, 1863, una raccolta di saggi che costituiscono un contributo assai chiarificatore sulla metodologia dei giuristi in una cultura giuridica di transizione quale è quella di metà Ottocento.

(130) Francesco Saverio Bianchi (1827-1908) studia all'Università di Parma, dove si laurea in Giurisprudenza nel 1848 e dove sarà dal 1856 professore di diritto civile. Passerà poi nel '73 all'Università di Siena, fino a che nel 1880 lascerà l'insegnamento per la magistratura. Gli siamo debitori di un imponente 'Corso di Codice civile italiano', che, se pure incompleto, è tuttavia la sistemazione più compiuta e più provveduta nell'ambito della paleocivilistica italiana. La prima edizione — che prende a uscire a Parma nel 1869 col titolo di 'Corso elementare di Codice civile italiano' — non ci interessa troppo, riferendosi soltanto ai primi otto titoli del primo libro del Codice; ci interessa da vicino la seconda, che comincia ad apparire nel 1888 e della quale, nel 1895, esce la parte trattante 'Dei beni, della proprietà e della comunione'. Su di lui basti rinviare a G. Mosca, *Bianchi, Francesco Saverio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. X, Roma, 1968.

(131) Abbiamo citato il giudizio del Bonnecase più sopra, a p. 460.

fa i conti unicamente con i Codici maggiori e con la scuola francese dell'esegesi, cui si aggiunge raro e disarticolato qualche libro tedesco per lo più mal tradotto; dietro di essa, il grande polmone dello *jus commune* stempera il proprio fiato arrivando attraverso il filtro analitico e casistico della tarda letteratura sistematica; l'aggancio filosofico si riduce essenzialmente a Romagnosi e a Rosmini.

Si può capire il disprezzo o almeno la sufficienza e il compatimento che circoleranno fra i civilisti italiani successivi: da quando, poco dopo la Codificazione unitaria, prenderà vita e sempre più vigore un filone dottrinale alternativo estremamente consapevole nelle sue scelte teoretiche, la povertà le incertezze le ambivalenze di quegli artigiani del commento saranno, in genere, condannate. Se apriamo, per esempio, il necrologio che al Borsari dedica, nell'87, il commercialista Ercole Vidari, l'immagine che ne viene delineata sembra contravvenire a tutte le regole formali della apologetica commemorativa ottocentesca generalmente troppo ottimista sulle virtù dei commemorati e troppo dedita a toni pesantemente encomiastici; ne esce un giudizio severo, troppo severo nella sua incapacità di comprendere (132).

Ché di incomprensione si tratta: a quegli artigiani andava riconosciuto almeno il merito di avere sbozzato un materiale informe, di aver funto da tramite fra vecchia e nuova *interpretatio*, di aver coperto un vuoto da coprire e di aver quindi svolto fino in fondo una funzione storica. Ma non si può certo chiedere a coloro che seguono, invasati del nuovo e tesi a separarsi da quanto li aveva preceduti, la storicizzazione dell'immediato passato.

Prima di iniziare l'esame del contributo scientifico della paleocivilistica, converrà spendere una parola di chiarimento sul terreno storico in cui i movimenti dottrinali vivono, si dilatano, si spengono di fronte ad altri emergenti: quando parliamo di paleocivilistica italiana, noi intendiamo — nella sostanza — una dottrina che, nell'indubbio sforzo teorico di adeguamento, proprio per le sue carenze di fondo, è portata a guardare all'indietro più che in avanti,

---

(132) «Il Borsari non fu scrittore profondo, né originale. Bene spesso i concetti suoi si smarriscono in un mare di parole e di considerazioni accessorie, che rendono faticosa la lettura; e la coltura sua giuridica, così dottrinale come legislativa, è limitata alle opere italiane e francesi» (in *Il Filangieri*, XXII (1887), p. 256).

e denuncia nelle sue ossature più riposte l'appartenenza a un duplice versante; è una dottrina dunque che, anche nel suo profilo generale, ha una fisionomia tutta sua, ma che particolarmente in tema di proprietà conferma e rafforza questo volto peculiare con principii e soluzioni ben precisati e individuati.

Essa costituisce il filone interpretativo prevalente subito dopo l'Unità, seguibile però dagli anni della formazione dei Codici unitarii fino alle ultime propaggini del secolo. Se vogliamo immobilizzare il nostro procedere in due date e in due dati (che vanno tuttavia intesi elasticamente) (133), dal 'Codice civile commentato' del Pacifici Mazzoni, del 1865, al 'Corso' di Francesco Saverio Bianchi, che è del 1895 (134).

In questo non breve periodo di circa un trentennio il filone paleocivilistico non è immobile, e sarebbe doveroso segnare sempre maggiori aperture e un discorso sistematico sempre più complesso, ma non v'è dubbio che la linea caratterizzatrice è continua e unitaria e lega intimamente, per analogia d'impianto culturale, sia pure nella diversità degli sviluppi, le prime striminzite produzioni esegetiche all'imponente maestoso 'Corso' del Bianchi. Ancora nel 1895, nelle pagine del giureconsulto piacentino si denuncia una assoluta impermeabilità ai tedeschi, l'ossequio ai francesi e il costante ricorso di salvataggio al Pothier come se il giurista orleanese fosse morto qualche tempo prima, come se centoventi anni — e quali anni — non separassero la riflessione del Bianchi dai 'Traités' pothieriani.

Se dagli anni settanta in poi la scienza giuridica italiana si agita di qualche fermento rinnovatore; se questi fermenti, da sparsi e radi, si faranno sempre più diffusi e virulenti fino a divenire un secondo filone di pensiero che articola la civilistica in due monconi abbastanza ben definiti, il corso della paleociviistica continua solido e quasi indisturbato fino a quel torno di tempo in cui si compie la testimonianza del Bianchi, fermo in una ben precisata costruzione della proprietà e dei diritti reali; segno questo non tanto di grosso-

(133) Il valore meramente indicativo della data qui offerta è dimostrata dall'esame di opere, come la 'Logica del diritto' del Pescatore, appartenenti a quel torno di anni ma formalmente precedenti.

(134) Almeno il volume dedicato, nella seconda edizione, ai problemi della proprietà.

lanità intellettuale e di ignoranza — come potrebbe concludere un osservatore superficiale — ma segno piuttosto di una scelta culturale, che è forse retrodatata, che è isolante, ma che è scelta consapevole, come noi ci industrieremo di dimostrare.

2. Una analisi della teoria della proprietà nella paleocivilistica non può non trovare il proprio obbligato punto d'avvio in una constatazione elementare e, se vogliamo, ovvia: che questa dottrina si pone liminalmente come espressione conseguente, nel territorio del giuridico, di quella coinè culturale che abbiamo qualificato — con termine non nostro — individualismo possessivo, una interpretazione del mondo risolta soprattutto in termini di proprietà e una visione dell'uomo come al centro di un reticolato di rapporti proprietarii sia per quanto concerne le relazioni col mondo esterno, sia per quanto riguarda l'articolazione interiore del soggetto.

I giuristi non smentiscono la loro filiazione da questo mondo culturale, anzi la affermano pienamente, e, al di sopra del loro discorso tecnico sulla disciplina della appropriazione di un bene, fiorisce quasi sempre un discorso più generale ripetitivo di impegnatissime premesse speculative, dal quale emerge la disponibilità a pensare la realtà, tutta la realtà, in termini di proprietà e a identificare nella proprietà uno schema interpretativo straordinariamente capace, onnivalente, ben oltre la ristretta provincia dei rapporti fra uomo e natura fenomenica.

«Possedere e godere la propria persona illesa, libera e sicura da qualunque offesa e vincolo, tutte le volte che non si offendano i diritti di alcuno, è la proprietà personale. Possedere e godere liberi, illesi e sicuri i beni ... è la proprietà reale. Possedere e godere integro, illeso, sicuro il buon nome, nutrire la credenza religiosa che a ciascuno riesce più accetta, acquistare le cognizioni migliori e comunicarle liberamente, è la proprietà morale. Unirsi in matrimonio, stabilire una famiglia, reggerla ed amministrarla liberamente ... è la proprietà familiare. Vivere in istato di civile società, e godere di tutti i diritti di equa protezione e di soccorso in qualità di membro privato, è la proprietà civica» (135).

---

(135) Cfr. G. FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, volume secondo, Napoli, 1882, § 363.

Così il modesto giureconsulto, nel suo manuale istituzionale, in una sede cioè pienamente esegetica e squisitamente tecnica, con tono apertamente didascalico, ci offre non già una teoria della proprietà, ma piuttosto una nomenclatura essenziale dell'intero ordine giuridico (136), all'interno della quale il *dominium rerum externarum* non è che la porzione minima di un complesso di situazioni e rapporti visti e qualificati agevolmente come proprietà (137).

La proprietà reale non solo non è l'unica proprietà, ma neanche la prima. Il primo *dominium*, quello precedente a tutti, legittimante e fondante tutti, quello da cui la stessa appropriazione dei beni trae e i caratteri e la legittimazione più autentica, si matura in una zona che antecede logicamente ogni manifestazione esteriore, ed è la proprietà personale, il *dominium sui*.

Ritorna qui l'assioma decisivo dell'individualismo moderno, il *tòpos* obbligato di tutta la riflessione politico-giuridica che a questo è legata, e ritorna il nesso inscindibile fra proprietà e personalità, fra proprietà e libertà.

L'uomo è effettivamente libero soltanto perché è una potenza dominativa, perché in piena autonomia rattiene e guida le sue forze interne con un meccanismo proprietario, perché detiene — allo stato di natura — la proprietà dei suoi istinti e dei suoi talenti. Soltanto perché l'uomo *si possiede*, ha titolo ad espandersi all'esterno e a portare la propria sovranità sulle cose; egli verrà indiscutibilmente legittimato ad essere proprietario di un bene e ad essere protetto in questa sua situazione soltanto se egli mostri di avere in sé, per volontà divina, per caratterizzazione naturale, questo assetto

---

(136) E il Foschini ha cura di precisarlo: dopo aver premesso infatti che «la parola proprietà à nelle leggi un doppio senso, largo e dottrinale da una parte, ristretto, tecnico e volgare dall'altra» e che «nel primo senso abbraccia la proprietà personale, la reale, la morale, la familiare e la civica», non esita a trarre la sensata constatazione che «codesti cinque generi di proprietà costituiscono il complesso dell'ordine civile sanzionato dalle leggi» (loc. ult. cit.).

(137) Così, in L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, volume secondo, Torino, 1872, § 842, p. 130, respirare l'aria o godere della luce sono atti quotidiani ricondotti a uno schema proprietario e divengono costitutivi della *proprietà naturale*, mentre lo stesso acquisto di dati dell'esperienza e di cognizioni qualificanti per un soggetto è configurato come atto di proprietà, della *proprietà ideale*.

profondo del proprio esistere e forse anche del proprio essere; se egli si riveli cioè fin nelle proprie radici un proprietario.

Era questo un discorso antico, e rappresentava il nucleo centrale d'una precisa ideologia, di cui — in altra occasione — abbiamo indicato le scaturigini estreme nel movimento di crisi dei valori medievali e nel programma inaugurale dell'età nuova (138). L'aver scoperto — o preteso di scoprire — all'interno del soggetto, cioè nel chiuso inviolabile della sua natura intatta da contaminazioni storiche e sociali, atteggiamenti squisitamente proprietarii era stata una grossa operazione culturale e ideologica insieme, perché aveva contribuito a incastonare stabilmente la proprietà nel paradiso del diritto naturale e ad assolutizzarla. Grazie a quella pretesa scoperta, proprietà e libertà eran diventate nozioni scambievoli o almeno essenzialmente complementari, e la proprietà veniva a partecipare così intimamente della persona e della sua vita da esserne ritenuta inscindibile.

Intuizioni queste che, affioranti nella tarda antropologia ancora cronologicamente medievale ma profondamente moderna ed eversiva dei valori medievali, non saranno più deposte per tutto il procedere dell'età nuova (139), fino ad arrivare fresche di vitalità e cariche ancora di forza legittimante al momento della consolidazione giuridica delle conquiste politiche e culturali dell'individualismo.

Avvalorate dalle indicazioni romagnosiane e rosminiane, sono ricevute pienamente nel bagaglio della nostra scienza giuridica durante tutto l'Ottocento, diventandone patrimonio indiscusso e conclamato.

Nell'ambito della filosofia giuridica, sia tra gli adepti di sicura fede positivistica (140), sia tra gli spiritualisti (141), il nesso tra

---

(138) Ci riferiamo alla nostra indagine, già citata: *Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, cit.

(139) Vedi, ad esempio, quanto precisa per l'esperienza inglese P. COSTA, *Il progetto giuridico - Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, Milano, 1974.

(140) Cfr. PUGLIA, *Del fondamento scientifico del diritto di proprietà*, cit., p. 197 ss.; E. PICCIONE, *Concetto positivo del diritto di proprietà - Questione sociale*, Bologna, 1890, p. 81.

(141) Basti un esempio fra i troppi che si potrebbero addurre: G. CARLE, *Prospetto d'un insegnamento di Filosofia del diritto - Parte generale*, Torino, 1874, p. 203 ss. Sulla diffidenza di Carle verso il naturalismo e il positivismo, sulla sua predilezione per lo spiritualismo filosofico, nonché sulla grossa influenza di Romagnosi, cfr. SOLARI, *La vita e il pensiero civile di Giuseppe Carle*, cit., p. 46 ss.

proprietà e persona, tra proprietà e libertà, è affermato con vigore, mentre nella nutrita schiera dei rosminiani, per palese influsso della sistemazione teoretica del maestro, la proprietà personale diventa nozione accuratamente precisata e puntualmente preposta come giustificativa di tutta la dottrina della proprietà (142). Poiché si è convinti «che nel carattere signorile della mente stia il vero titolo giuridico della proprietà» — come con sobria efficace eloquenza scrive il rosminianissimo Lilla —, appare legittima la conseguenziale domanda che lo stesso Lilla si pone: «colui che non è signore di se stesso, qual padronanza potrà avere sulle cose?» (143).

Dai filosofi il discorso trascorre netto nei civilisti, e anche presso di loro — malgrado la sede tecnico-esegetica — l'impennata iniziale sul *dominium sui* è un dato pressoché costante nei commentarii, trovando particolare sviluppo in chi si picca di velleità speculative (144).

---

(142) Chiara, una pagina di P. L. ALBINI, *Principii di filosofia del diritto*, Vigevano, 1857, p. 25 («Uopo è pertanto distinguere ciò che è proprio della persona umana, in quanto è con nesso dinamico-morale con essa congiunto, da ciò che diviene proprio dell'uomo in quanto venne ad esso assoggettato, vale a dire le facoltà fisiche e spirituali dell'uomo dalle cose esterne, oggetto di suo dominio. Sotto diverso aspetto però le une e le altre formano sua proprietà, connaturale le prime, acquisita ed esterna le seconde. La persona ha la signoria delle sue forze e potenze come ha dominio sulle cose esterne ...»), ma ancor più chiara quella di un suo allievo, L. MATTIROLO, *Principii di filosofia del diritto*, Torino-Napoli, 1871, p. 136 («l'io ha necessariamente la proprietà delle forze e potenze che costituiscono la natura umana, ed ecco una prima proprietà *connaturale*, inseparabile dalla persona, ossia avente per oggetto gli elementi fisici e morali della persona stessa. V'ha di più. Queste forze e queste potenze si vanno esplicando sulle cose esterne e le uniscono alla persona con un vincolo fisico-morale, d'onde deriva la proprietà dell'uomo sulle cose esterne»). Su Luigi Mattirolo (1838-1904), si vedano i cenni di C. P. GARIAZZO - F. RUFFINI, in *Annuario della R. Università di Torino*, a.a. 1904-05, Torino, 1905, ma anche SOLARI, *La vita e il pensiero civile di Giuseppe Carle*, cit., p. 30 ss.

(143) V. LILLA, *Il diritto di proprietà nelle sue razionali determinazioni*, Napoli, 1885, p. 29. Il saggio di Vincenzo Lilla (1837-1905), filosofo del diritto, è dedicato, con termini spiccatamente encomiastici, al Rosmini, da cui è mutuato tutto l'impianto teorico.

(144) Cfr. G. BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1869, p. 9; D. GALDI, *Comentario del Codice civile*, volume V. *Dei beni,della proprietà e delle sue modificazioni*, Napoli, 1876, n. 158, ma soprattutto BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 842 («siamo proprietari delle nostre membra e della nostra intelligenza e ne abbiamo libero arbitrio»).

Per farla breve, per tutta la seconda metà del secolo diciannovesimo, la dottrina prevalente continuerà a insistervi come sulla pietra angolare del proprio edificio in tema di proprietà. Occorrerà attendere il saggio dissacrante di Adolfo Ravà ([145]) per smantellare la costruzione giuridica della categoria dei diritti sulla propria persona e per seppellire definitivamente con quella anche la nozione del *dominium sui*; ma con il saggio di Ravà siamo esattamente all'inizio del secolo nuovo ([146]), quando del grezzo individualismo ottocentesco si depone almeno l'ipocrita smania di sicure fondazioni ontologiche, e premono sull'interprete non soltanto nuove esigenze filosofiche, ma la coscienza di tempi nuovi percorsi da nuove istanze ed 'idealità sociali' ([147]).

3. Come premessa a tutto lo svolgersi della teoria della proprietà, l'assioma del *dominium sui* è greve di pesanti conseguenze: quale matrice generante e legittimante ogni proprietà riconducibile a un soggetto, imprimerà a quelle proprietà tutta la carica di pienezza, esclusività, unitarietà di cui è portatore; quale dimensione intrasubbiettiva scaricherà sulle situazioni di relazione ad esso conseguenti tutta la assolutezza tipica della realtà interiore; quale possibilità e condizione della libertà del soggetto, tenderà a conferire a tutte le proprietà ipotizzabili, che da esso discendono, un'identica funzione. In conclusione, dalle premesse speculative anteposte, dalla analisi che aveva collocato la prima proprietà all'interno dell'individuo in stretta familiarità con le sue potenze morali e spirituali, non

---

([145]) A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXI e XXXII (1901); saggio dominato dalla consapevolezza «che la filosofia giuridica può fare di questi diritti soltanto la *distruzione*» (vol. XXXI, p. 290).

([146]) Il saggio costituisce la rielaborazione della tesi di laurea discussa all'Università di Roma nel 1900. É significativo che l'argomento sia stato suggerito al giovane brillante studente da Icilio Vanni.

([147]) Afferma infatti conclusivamente RAVÀ (*op. ult. cit.*, vol. XXXII, p. 121): «credere che si possa stabilire in massima un diritto dell'uomo su se stesso, significa disconoscere che la vita sociale investe talmente l'individuo che egli le è legato in modo intimo e indissolubile». Per lui, all'alba del nuovo secolo, «in mezzo a questa grandiosa corrente che tende a far sentire sempre più nelle leggi gli effetti della solidarietà sociale, la teoria dei diritti sulla propria persona rappresenta una violenta reazione individualistica» (*ibidem*, p. 124).

poteva che derivarne una caratteriologia obbligata di quella che per ora chiameremo genericamente 'la proprietà', riservandoci in seguito più adeguate precisazioni.

Non sorprende pertanto constatare la paleocivilistica italiana impegnata nel conclamare, unanimemente e a gran voce, i tre caratteri essenziali della proprietà: la assolutezza, l'esclusività, la perpetuità-irrevocabilità (148).

Con un frasario pittoresco e indulgente ai toni iperbolici — che interessa, nella sua varietà, quale manifestazione di stile, ma che svela, sempre e comunque, allo storico del pensiero, al di sotto delle fioriture retoriche, la propria orditura unitaria — si fissa, si sottolinea, si ripete fino alla noia la verità elementare che proprietà — ridotta all'osso — significa latitudine di poteri, latitudine nel tempo e nello spazio, latitudine senza confini costruita sul calco sottostante della libertà (149).

---

(148) Talora, restando in ombra — probabilmente come carattere implicito e consequenziale — quello della perpetuità, si insiste sulla assolutezza ed esclusività (cfr. PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., libro secondo, vol. primo, tit. II, p. 69: «La proprietà ha questi due caratteri essenziali, di essere cioè assoluta ed esclusiva: l'assolutismo, come lo dice la parola, è un potere illimitato, dispotico, che la persona ha sulla cosa sua di disporne e goderne a suo beneplacito; l'esclusività è il potere privativo, in forza di cui il proprietario impedisce che altri disponga e goda della cosa sua»); ID., *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., libro secondo, tit. II, *Della proprietà*, n. 33; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., volume secondo, p. 85; C. SCOTTI, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I, Torino, 1887, § 851 e 852. Presso altri, i caratteri dichiarati sono tre (cfr. F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, vol. II, Parte speciale, Codice civile, Napoli, 1869, p. 124: «sono questi i tre caratteri essenziali al concetto della proprietà: vale a dire: *a)* Assolutismo; *b)* Esclusivismo: *c)* Irrevocabilità»; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 75; FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano e italiano*, cit., vol. II, § 365; Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, pp. 626-27, ove si insegna avere la proprietà come «caratteri essenziali» «due principali, che consistono nell'essere la proprietà un diritto *assoluto* ed *esclusivo*. Da questi però ne deriva come necessaria conseguenza un terzo, cioè la perpetuità del diritto medesimo».

(149) Una fra le testimonianze più chiare è quella offerta da FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., che insegna (vol. II, § 365): «La essenza della proprietà riposa nella libertà del dominio ... La libertà del dominio comprende due funzioni, l'una positiva per la quale il proprietario può fare della cosa sua ciò che gli piace, ed anche distruggerla se così vuole, e l'altra negativa per la quale può egli escludere ogni altro dalla cosa stessa». Al principio della libertà del *dominium* e del

Di questa latitudine trascuriamo per ora gli aspetti della esclusività e della perpetuità, e soffermiamoci invece su quello della assolutezza, in cui si assomma la valenza positiva del *dominium* e che sembra ricevere particolari attenzioni dottrinali. Lasciamo la parola al modesto e quasi ignorato esegeta pratico, zelantissimo nella definizione enfatica dell'immagine giuridica del proprietario: «il proprietario è sovrano ... ha diritto di dare alla cosa una forma diversa e destinarla ad un uso che non sarebbe l'ordinario, di rigettarla, rovinarla, sfregiarla, alienarla, concederne l'uso ad altri gratuitamente od a titolo oneroso, insomma a lui compete il *ius utendi et abutendi*» (150). Senza l'inventiva immaginifica del buon Mattei, più o meno sotto la copertura del vecchio *tòpos* pseudo-romano dello *ius utendi et abutendi*, la dottrina è concorde nel delineare una figura di proprietario all'insegna della sovranità, della dispoticità, della illimitatezza di poteri (151).

É un discorso che sembra conchiudersi nella sua brevità e risolversi in una visione esasperatamente individualistica del *dominium*; che sembra — per giunta — smentire tutte le nostre premesse interpretative, che proponevano una grande varietà di influssi sui nostri civilisti, e particolarmente del vecchio diritto comune.

Il fatto è che con quella definizione di proprietà e di proprietario, che appare precludere ogni possibile prosecuzione all'itinerario di ricerca del giurista, la complessa analisi del civilista italiano ha appena il suo momento d'avvio. La definizione concordemente data

---

dominus egli riconduce anche i due «elementi della proprietà», l'*usus* e l'*abusus*. L'*usus* — secondo il nostro — consiste nel fare quello che uno vuole e «tutto ciò mette capo al principio della libertà»; l'*abusus* «è la distruzione, ed anche l'abbandono della cosa, e ciò evidentemente torna al principio della libertà». Nella prima letteratura agraristica post-unitaria la «necessità dell'assoluto ed esclusivo assoggettamento delle cose all'attività di un determinato soggetto» ha talora delle motivazioni più oggettive: «perché esse producano tutta l'utilità di cui sono capaci». Così G. MAJORANA, *Elementi di diritto rurale*, Catania, 1886, p. 17, mentre si limita alle consuete asserzioni generiche E. BIANCHI, *Corso di legislazione agraria*, vol. I, Milano, 1886, p. 73. L'aspetto economico della *utilitas rei* doveva tuttavia tornar naturale a chi si poneva, come il Majorana, dall'angolo speciale d'osservazione del diritto agrario.

(150) J. MATTEI, *Il Codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei Codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco ...*, vol. I, Venezia, 1873, p. 44.

(151) Di sovranità parla Mattei; di dispoticità Pacifici Mazzoni ed Emilio Bianchi.

di proprietà — sulla quale non sorgono questioni e che è comunemente accettata — non è una conclusione finale, una verità sotto la cui copertura raccogliersi remissivamente, ma piuttosto un punto fermo da cui partire per dipanare una intricatissima matassa. Non è insomma un esito di discorso, bensì un principio di discorso.

Se v'è infatti una coscienza viva nel paleocivilista italiano, è quella della complessità del fenomeno proprietà: un fenomeno certamente non liquidabile con una definizione striminzita e quattro immagini più o meno felici sulla latitudine dei poteri. Se è veridico il volto che del paleocivilista italiano abbiamo più sopra tracciato come di un personaggio appartenente a una difficile zona storica di transizione e sensibile a un gioco vario e complicato di influssi, il problema proprietà non si sarebbe mai potuto ridurre per lui nell'artificio scolastico di una definizione, ma l'ineliminabile peso operante dietro di lui di tradizioni culturali diverse e quindi di modelli diversi doveva dar vita a una indagine più approfondita e più appagante di quanto offrisse il conio d'una formula di comodo. Si sarebbe dovuto creare in lui magari lo stimolo a mediare fra quelle tradizioni e quei modelli; ma la mediazione non si sarebbe potuta avviare e risolvere che con una posizione di problemi, con un tentativo di andare oltre la supina accettazione d'una formula per scavarvi dentro e scoprirvi gli spessori effettivi.

Questo la dottrina paleocivilistica fece, e questo è stato sempre misconosciuto da quei pochi che ad essa abbiano guardato con una attenzione storiografica. Ma è qui senza dubbio il suo valore storico, anche se lo storiografo deve deporre il paraocchi fuorviante che nella storia del pensiero i valori sono unicamente rappresentati dalle costruzioni logiche e armoniose e non anche dalle incertezze e dalle incoerenze che nascono da una visione problematica.

La dottrina nostra, premuta dal passato remoto e prossimo, si pose molti problemi, e tentò di avviarli a soluzione. Probabilmente fu impari al compito, ma la sua avventura intellettuale è meritevole ancor oggi di essere ripercorsa e compresa.

Che la sua fosse una visione problematica è già abbastanza eloquentemente indicato da una constatazione elementare: mai come in queste pagine dottrinali si è sentito il bisogno di accompagnare il sostantivo proprietà da tante aggettivazioni qualificanti, parlando raramente *sic et simpliciter* di proprietà, ma spesso di

proprietà 'esterna', di proprietà 'reale', di proprietà 'piena' e 'meno piena', 'perfetta' e 'imperfetta'. E si intuisce subito che non ci troviamo di fronte a orpelli stilistici, ma a qualificazioni sostanziali che discendono da un sezionamento approfondito e capillare dello schema della proprietà. Neanche nello *ius commune* — che pure aveva portato innanzi una minuziosa problematizzazione dei rapporti giuridici fra uomo e beni — si era mai arrivati a una così sicura coscienza della complessità del fenomeno (152).

Ma allora, se così è, che stanno a fare — appesi a capo del loro discorso — quel *dominium sui* e quella proprietà definita in modo incontroverso e incontrovertibile come la situazione soggettiva sui beni la più assoluta, la più esclusiva, la più distesa nel tempo?

Come prima interlocutoria risposta si impone una seconda domanda, che rivolgiamo a noi stessi: che cosa hanno i giuristi tentato di definire? Quale proprietà hanno identificato in quel potere dispotico e illimitato? Sono essi tanto sordi all'idea di limite e insieme tanto ingenui da averla espunta dalla nozione di proprietà?

É bene precisare subito che quasi tutti gli autori proseguono invece la loro esposizione e ammettono la limitabilità della situazione dominativa; con il risultato macroscopico di sconcertare il lettore proponendogli un contesto dalla singolare struttura logica, dove si pone un principio e lo si smentisce un attimo dopo. Se avessimo continuato infatti la lettura del testo di Jacopo Mattei sopratrascritto, avremmo rilevato che, immediatamente dopo aver parlato della illimitatezza dei poteri del *dominus*, il filo del discorso proseguiva pianamente senza apparenti cesure: «ciò che abbiamo detto riflette il caso che ad alcuno competa la proprietà assoluta ed illimitata della cosa, non quando il proprietario abbia una proprietà limitata da diritti ad altri spettanti».

Il modesto giureconsulto, senza grandi strumenti culturali, ci insegna dunque — e insieme a lui il coro dottrinale — che la proprietà è illimitata quando non è limitata. Ed è una conclusione ridicolmente ovvia sotto il profilo logico e immotivata sotto il profilo tecnico, anche se fissa grossolanamente una verità elementare. É vero infatti che presso questa nostra dottrina la illimitatezza non è

(152) Il lettore ci faccia — per ora — credito. Queste affermazioni saranno dimostrate nel seguito del lavoro.

privilegio di ogni proprietà e che c'è un'analisi complessa della dimensione appropriativa, che va presupposta come motivazione del discorso esatto ma apodittico del Mattei. Motivazione che cercheremmo invano nella più gran parte di opere esegetiche similari, nelle quali persiste la posizione acritica del nesso proprietà illimitata-limitabile, ma che ci viene offerta lucidamente nelle trame della pagina di alcuni pensosi scrittori. Soprattutto del Borsari.

Chi sia questo fertile compilatore di commentarii già sappiamo. Aggiungiamo tuttavia che il Borsari sistematore del tema difficile della proprietà non ci sembra meritare la critica aspra contenuta nella invettiva pronunciata *mortis causa* dal Vidari e sopra menzionata. Al contrario, il giurista ferrarese appare ben provveduto di quei pochi strumenti culturali circolanti tra la *jurisprudentia* della metà del secolo, meno incline di tanti altri alle vanità retoriche e rigoroso nell'approntare un impianto di discorso tecnico sulla proprietà che sia in armonia con determinate premesse speculative.

Per il Borsari indagatore della proprietà saranno inoltre preziose, come vedremo, due circostanze: l'avere avuto lui stesso familiarità scientifica (e non soltanto come pratico) con le soluzioni dello *ius commune* sui diritti reali, come dimostra la grossa fortunata fatica sull'enfiteusi (153); l'essere egli un rosminiano di strettissima osservanza e un traduttore delle intuizioni del roveretano nel chiuso campo delle tecniche giuridiche (154).

Rosminiana è la sua sistemazione, articolata in due momenti: un primo, che tratta «della origine subbiettiva della proprietà, e della sua costituzione ideale»; un secondo, che si occupa «della essenza

---

(153) L. BORSARI, *Il contratto d'enfiteusi*, Ferrara, 1850. É un volume che ebbe una singolare fortuna; fra l'altro, anche presso i compilatori del Codice unitario, che lo tennero presente con molta attenzione.

(154) Egli è palesemente tributario della sistemazione rosminiana in tutta la sua trattazione della proprietà. Del resto, già nel suo volume sull'enfiteusi la accettazione della dottrina del dominio diviso avviene dietro il conforto di precisi assunti rosminiani (cfr. BORSARI, *Il contratto d'enfiteusi*, cit., p. 9 ss.). Qualche cenno circa gli influssi della filosofia giuridica di Rosmini su Borsari è in G. ARTANA, *L'influenza della filosofia giuridica rosminiana in Italia nel secolo XIX*, in *Rivista rosminiana*, XXVII (1944), pp. 54-56.

della proprietà giuridica, ossia della proprietà di diritto» (155). É, se vogliamo, la stessa sistemazione di Rosmini e la stessa che si presuppone ai relativi paragrafi del Codice austriaco (156): una fondamentale dicotomia fra *la* proprietà e *il diritto di* proprietà, fra un archetipo intrasoggettivo e una figura più sfaccettata, che opera come situazione di rapporto fra più soggetti. Da un lato quella che è la «intrinseca natura», il «concetto metafisico» di proprietà, dall'altro il «rapporto giuridico» (157).

La assolutezza e la illimitatezza sono qualità essenziali della proprietà-archetipo, ben al centro di esso. É la sua caduta nella storia, nella esperienza di relazione, che rende caduche, modificate, attenuate quelle qualità. Il limite, la divisione sono in disarmonia soltanto con l'archetipo, con la proprietà nella sua pienezza, ma sono coerenti con le manifestazioni 'storiche' di quello, con le varie proprietà sottoposte dagli accidenti e dalle esigenze di relazione a imperfezioni che variano ed elasticizzano il modello, rendono diverso e mobile ciò che, nella sua statica, è immobile e soprattutto perfetto.

Si perpetua qui in seno alla giurisprudenza esegetica italiana la dialettica fra proprietà e diritto di proprietà, che era stata la chiave di volta delle riflessioni romagnosiana e rosminiana (158) e diventerà un *tòpos* di tutta la paleocivilistica, talora dichiarato — come in Borsari —, talora appena espresso, talora semplicemente presupposto e appena affiorante in quella insistente qualificazione della proprietà come 'esterna' o 'reale' che rinvia immediatamente a

---

(155) Sono precisamente le intitolazioni dei capp. 842 e 843 del secondo volume del 'Commentario' borsariano.

(156) I quali — come è il caso di ripetere — vertono sulla proprietà considerata come diritto, ma che tradiscono, proprio per questa formulazione, il rinvio a una proprietà che diritto non è.

(157) Sono espressioni dello stesso Borsari (cfr. *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843).

(158) Con qualche rara e decisa repulsa. Si veda p.e. ARABIA, *Sul diritto di proprietà*, cit., p. 26, libello — come abbiam più sopra detto (v. p. 469) — che fa spicco su una folta letteratura meridionale improntata alla più scoperta grossolanità culturale. L'Arabia sostiene che «separare dal concetto di proprietà il diritto, come hanno fatto alcuni, è un'ipotesi che ha quasi dell'inconcepibile», motivando adeguatamente questa convinzione.

un'altra proprietà superiore o interiore. Tutta la paleocivilistica è segnata da una lettura attentissima delle opere di Romagnosi e di Rosmini, e quella che sarà — per i due pensatori — la strabocchevole messe di citazioni e di rinvii nelle pagine dei giuristi, più che uno sfoggio o un lustrino senza senso, è la misura d'un influsso effettivo e incisivo ([159]). Sta qui, in questa digestione giuridica della dialettica fra modello e derivazioni, il nucleo fondante del discorso civilistico sulla proprietà, che si snoda perennemente su due piani. Sta qui anche il segreto della coerenza dei nostri civilisti: costruendo, o meglio recependo, un modello tanto assolutizzato, essi affermavano — come uomini del sec. XIX — la loro fedeltà a una coinè culturale cui sentivano di appartenere e che non intendevano smentire; costruendolo soltanto quale modello e relativizzandolo a livello di esperienza storico-sociale, essi rivelavano — come giuristi — la loro sensibilità a diversi filoni di cultura giuridica e la loro intima permeazione da parte del costume giuridico che aveva disinvoltamente elaborato — praticamente e teoricamente — una nozione relativa di proprietà. In più, essi rivelavano una ulteriore sensibilità e disponibilità: a proporsi frontalmente il problema della coesistenza fra proprietà e limiti come grosso problema civile per il giureconsulto. Infatti, come vedremo, mai altra nozione sarà tanto esaminata

([159]) Se ne ha la misura reale esaminando la fitta libellistica sulla proprietà, che popola la seconda metà dell'Ottocento, in Italia: una letteratura varia, di varia ispirazione e di vario valore (generalmente modestissima), scritta da giuristi ma quasi sempre a mezza strada fra il giuridico e il sociologico (come sembrava pretendere il tema della proprietà), in cui le traccie romagnosiane e rosminiane sono cospicue. Spigolando, citiamo V. SANSONETTI, *Il diritto di uguaglianza in rapporto col diritto di proprietà*, Napoli, 1873; S. DE LUCA, *Teoria della proprietà reale*, in *Il Circolo giuridico*, VII (1876); P. BARSANTI, *La socialità nel sistema della proprietà privata*, Lucca, 1880; P. CIPELLI, *Alcune ragioni intime dell'istituto della proprietà*, in *Annali dei Regi Istituti tecnico e nautico di Livorno*, s. II[a], vol. VII, Livorno, 1890; G. S. TEMPIA, *L'ordinamento della proprietà secondo il Codice civile italiano in relazione con recenti studi sociali e legislativi*, ora in *Scritti varii giuridici e sociologici*, vol. II, Torino, 1891. Senza parlare di quella letteratura sui 'temperamenti' e sui 'limiti', che va da Lomonaco (a. 1881) a Degni (a. 1901), che è generalmente prosternata di fronte ai «due fra i più solenni pensatori di questo secolo, il Romagnosi e il Rosmini» (G. LOMONACO, *I temperamenti della proprietà prediale*, pubbl. come App. III inserita nella trad. ital. di F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Napoli, 1879 ss., vol. VI, p. 106), ai «due forti filosofi, onore e vanto dell'Italia nostra» (DEGNI, *I limiti del diritto di proprietà*, cit., p. 721).

e inquisita da tutta la civilistica italiana ottocentesca come quella di limite del *dominium* (160). E sarà un dato positivo nel bilancio non scarsissimo di questa dottrina.

Proseguendo nella sua analisi sistematrice, il Borsari, spingendo avanti la dialettica fra modello e derivazioni, arriva a concepire la definizione dell'art. 436 del Codice unitario, così scissa nella sua articolazione interiore fra una iniziale conclamazione di massima assolutezza e la seguente enunciazione di limiti normativi (161), come il modello del diritto di proprietà, la struttura tipo della proprietà giuridica, per questo assai ravvicinata all'archetipo metagiuridico e per questo concepita come il più possibile piena, ma dai cui contorni esorbitavano un numero imprecisato di proprietà di varia imperfezione e di relativa pienezza, tutte frutto legittimo del discendere e del vivere della proprietà nella storia (162).

Come era già pervenuto a sostenere Matteo Pescatore (163), la definizione codificata di proprietà era la più costruita sull'archetipo, era archetipo essa stessa almeno per tutte le altre proprietà giuridiche. Quella dei Codici era soltanto la definizione «generica» di proprietà, concernente gli attributi e i caratteri del *genus*, ma non ricomprensiva di tutte le molteplici specificazioni — e cioè modificazioni e complicazioni — che la proprietà come genere conseguiva nella vita associata.

Come Pescatore afferma decisamente per l'enfiteusi in rapporto al Codice napoleonico che aveva mostrato di ignorarla (164), come afferma Borsari per le molte specie di proprietà imperfetta in rapporto al Codice italiano, una conclusione emerge: né l'art. 544 del *Code civil*, né l'art. 436 del Codice del '65 esauriscono il fenomeno proprietà, ma ne delineano solo un tipo astratto ed esemplare costruito — almeno nella parte definitoria — su *la* proprietà senza aggettivazioni, sulla sua nozione intrasoggettiva e

---

(160) Lo esamineremo nel prossimo capitolo.

(161) Si vedano le osservazioni di un non-giurista, come Fedele LAMPERTICO, *La proprietà*, Milano, 1876 (*Economia dei popoli e degli stati*, III), p. 34, cui è istruttivo giustapporre la replica di un giurista, Pio Barsanti, allievo pisano di Carrara e di Gabba. Cfr. infatti BARSANTI, *La socialità nel sistema della proprietà privata*, cit., p. 42 ss.

(162) BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843.

(163) PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., p. 254.

(164) PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., pp. 254-55.

metastorica; di quella nozione la nozione dei Codici riteneva infatti l'esasperata assolutezza come suo principio informatore.

Il quadro che ci offrono dichiaratamente alcune perspicue riflessioni e velatamente tutto l'orientamento dottrinale va dunque dal *dominium sui* ai *dominia minus plena*, da *la* proprietà — che non può non essere pura e perfetta — ai *diritti di* proprietà imperfetta, da *la* proprietà che è il fondamento ontologico di tutte le altre ma che è un fenomeno metastorico, forse irraggiungibile nella realtà di tutti i giorni, ai *diritti di* proprietà imperfetta di cui è gremita la vita quotidiana come esperienza di relazione. E il discorso, che sembrava tutto incentrato sulla concorde qualificazione della proprietà come situazione la più assoluta, esclusiva, unitaria, perpetua, si sposta insensibilmente sulle proprietà imperfette.

La dialettica fra archetipo e derivazioni storiche, di pretta marca romagnosiana e rosminiana, consente alla complessa coscienza della paleocivilistica italiana di tradurre in termini tecnici — senza smentire la cultura ufficiale — la propria percezione della non-semplicità, anzi della semplicità e complessità insieme, del fenomeno proprietà. Quel che ne risulta sarà, malgrado le dichiarazioni programmatiche sulla unicità del modello e sulla categoricità della definizione, una relativizzazione notevole della nozione di proprietà.

Su questo tema saranno però incentrati alcuni dei capitoli seguenti. Per ora ci preme di segnalare soltanto la strada che consente alla dottrina più sensibile di avviare il superamento del dilemma insolubile, della intrinseca contraddizione fra massima illimitatezza e limitabilità, fra assolutezza-unitarietà e divisibilità.

4. La relativizzazione del modello di proprietà è il momento più interessante dell'analisi paleocivilistica italiana e converrà seguirla da vicino; ma converrà prima sgombrare i possibili equivoci sulla sua reale portata e sul suo significato.

Quando noi parliamo di relativizzazione, intendiamo quel tentativo di costruzione culturale con la quale — tenendo dietro alla propria complessa sensibilità e utilizzando un materiale tecnico-giuridico di varia e spesso risalente derivazione — i paleocivilisti, pur non smantellando e anzi confermando il modello, riescono ad elaborare un fascio di proprietà specifiche, che si allontanano sì di parecchio dai caratteri essenziali riconosciuti alla proprietà generica,

ma serbano la qualifica formale e il contenuto minimo di proprietà. Seguire questa analisi approderà dunque anche al risultato di consentire l'individuazione di quel contenuto minimo del mio giuridico, che è ancora proprietà ma oltre il quale non è più proprietà.

Esamineremo l'operazione di relativizzazione così come è condotta all'esterno e all'interno del diritto di proprietà, puntualizzando innanzi tutto il problema della limitabilità, indi quello della divisibilità: due problemi che, apparentemente distanti, rivelano invece una matrice comune e testimoniano un comune orientamento interpretativo.

Non abbiamo molto da aggiungere a quanto abbiamo detto nel capitolo precedente in ordine alla limitabilità.

Il tipo 'proprietà' non può essere pensato e costruito che come libero, perché questo esigono precise premesse filosofiche e perché questo vuole lo stesso ordine pubblico, che la Rivoluzione borghese ha edificato sul pilastro della liberazione della proprietà (165), e quindi sulla libertà del proprietario e sulla libera circolazione dei beni (166).

Ma si aggiunge subito che, come ogni libertà, la proprietà può essere limitata (167); e tranquillamente si passa a costruire la nomenclatura elementare dei limiti ipotizzabili.

Esemplare nella sua aproblematicità è il Pacifici Mazzoni, il quale, dopo aver fissato i «due caratteri essenziali» della proprietà, di essere «assoluta ed esclusiva», «un potere illimitato, dispotico», prosegue senza cesure insegnando che «l'uno e l'altro carattere può essere modificato da varie cause, cioè dalla legge, dalla incapacità personale del proprietario, da una certa imperfezione del diritto stesso e dalla utilità pubblica» (168).

Qui viene solo fissata una conclusione, né ci si pone neanche il

---

(165) Una sintesi efficace resta sempre quella offerta da R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, seconde série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, 1959. Un'analisi particolareggiata, ma prevalentemente descrittiva, è in M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804) - La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959.

(166) Cfr., a puro titolo d'esempio D. GALDI, *Commentario del Codice civile*, cit., vol. V, n. 461, e RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 85.

(167) FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 365.

(168) PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., l. II, vol. I, p. 69.

problema della conciliabilità teorica fra una proprietà definita come illimitata e i varii limiti, fra un potere dispotico e le sue «imperfezioni». Il giureconsulto marchigiano ammette che possa essere modificato dalla legge e «da una certa imperfezione dello stesso diritto» (169), ma non tenta nemmeno una motivazione dell'assunto; e la caratterizzazione fatta all'inizio della pagina trova la sua attenuazione a mezzo della pagina stessa e appare galleggiare sull'intera pagina come enunciazione meramente platonica.

Un tentativo di motivazione adeguata stava in quella scissione fra modello astratto e specificazioni concrete avanzato dal Borsari e dal Pescatore, e che era anche un tentativo di andare oltre gli articoli definitorii dei Codici e la stessa disciplina codificata per recuperare *extra Codicem*, in un terreno fatto soprattutto da leggi speciali, da costruzioni dottrinali e giudiziali, il tessuto effettivo delle manifestazioni della proprietà.

Lì il problema della complessità del meccanismo di appropriazione era, sia pure episodicamente, sentito e affrontato come problema teorico, ed affiorava la istanza di chiarimento che il Pacifici Mazzoni ignorava o dava per implicitamente acquisita. Sarà su quel piano e portando innanzi quella intuizione che lavorerà chi avrà voglia di approdare allo stesso risultato di composizione soddisfacente della questione teorica; è questo il solco in cui si inalveano le puntualizzazioni più fini e consapevoli nella paleocivilistica italiana dovute a Francesco De Filippis.

Fare qui questo nome ha il significato d'una riesumazione: se infatti di Pacifici Mazzoni, di Borsari, di Ricci, di Galdi si è parlato e si parla, un silenzio pesante, un oblio generale, ha sempre circondato l'opera di questo civilista napoletano (170). Di lui si sa pochissimo; si sa che insegnò Diritto civile all'Università di Napoli, dove non raggiunse i più ambiti traguardi accademici, e che fu deputato

---

(169) Le 'cause' che vengono a incidere sul diritto di proprietà, si riducono sostanzialmente a due. Malgrado la ammissione sopratrascritta, Pacifici Mazzoni si corregge poco dopo (*ibidem*, p. 77) riconoscendo che la 'causa' della incapacità personale del proprietario non riguarda il diritto in sé, ma piuttosto l'esercizio del diritto.

(170) Del tutto elusivo — a parte l'allegato ritratto! — è il breve necrologio, che appare, sulla più autorevole rivista giuridica napoletana, nell'anno della sua morte, il 1913 (cfr. *Il Filangieri*, XXXVIII (1913), p. 880).

di Salerno al Parlamento nazionale (171). Il suo lavoro è tutto o quasi consolidato in un'opera di vasto disegno e di impegno teorico notabile, il 'Corso completo di diritto civile italiano comparato', la cui prima edizione prende a uscire nel 1867 (172).

Con le sue grosse manchevolezze culturali, con i suoi pleonasmi, con la sua retorica, ha però il pregio, rispetto alle esegesi descrittive imperanti, d'essere un tentativo ambizioso — forse troppo ambizioso per le forze del nostro — di problematizzare, concettualizzare, sistemare la grande materia civilistica. Ne viene fuori un'opera, che non è soltanto una significativa testimonianza del barocco giuridico italiano dell'Ottocento, ma, nelle più o meno velleitarie ambizioni speculative, anche un filtro più sensibile e uno specchio maggiormente acuto della cultura giuridica civilistica degli anni immediatamente dopo la Codificazione.

Innanzi tutto De Filippis tenta una motivazione del carattere di assolutezza, il che fa già spicco di fonte alla supina accettazione generale del principio: «Il carattere assoluto essenziale alla proprietà deriva dal considerare il potere dominicale nel rapporto tra il subbietto e l'obbietto giuridico. In quel rapporto i due termini sono, da una parte l'uomo avente ragione di fine, e da un'altra parte la cosa avente ragione di mezzo. Il subietto non trovando nella cosa alcun che da rispettare, la invade interamente col suo potere dominante tanto in *intensità*, quanto in *estensione*. Un potere senza limiti quanto alla sua *intensità* raccoglie tutte le *possibili facoltà esercitabili sulla cosa*. Un potere senza limiti quanto alla sua *estensione* comprende *tutti i lati della cosa*. Ecco perché il carattere assoluto della proprietà la fa illimitata nelle *facoltà* e nella *estensione* ». E aggiunge a proposità della limitabilità: «Però è da riflettere che cotesto carattere assoluto si mantiene e non soffre limitazione alcuna da parte della cosa che niente può opporre di rispettabile al subbietto di diritto; ma di limitazioni ne soffre direttamente dalla legge, non

(171) Cfr. S. SAPUPPO ZANGHI, *Storia d'Italia dal 1789 al 1884 coll'aggiunta delle biografie di tutti i deputati e senatori del regno*, Roma, 1889, p. 262, e T. SARTI, *Il Parlamento subalpino e nazionale - Profili e cenni biografici di tutti i deputati e senatori eletti e creati dal 1848 al 1890 (legislatura XVI)*, Terni, 1890, p. 358, dove pur si troveranno solo dei cenni insignificanti.

(172) Ne uscirà, a fine secolo, una seconda edizione presso l'editore Vallardi.

per riguardo alla cosa, ma per una veduta tutta d'interesse sociale e collettivo che vince l'interesse privato, qualunque sia» (173).

Riprendendo più avanti lo stesso tema, insistendovi, ne esplicita meglio il senso: «Non ostante la illimitata potenza attribuita al padrone della cosa, deve necessariamente subire limitazioni e modificazioni quando entra nel suo periodo di manifestazione e di esplicazione, non nel rapporto tra il proprietario e la cosa il quale rimane inalterato, ma nel rapporto tra il proprietario ed il pubblico, per un interesse tutto sociale e generale» (174).

I due testi sono rilevanti. Dimostrano, in primo luogo, quanto sia lontana da De Filippis ogni suggestione oggettivistica. Non è l'*utilitas rei*, non è la natura della cosa che impone la soluzione limitativa; anzi, il giurista napoletano ripete a più riprese che si addiviene a ciò non per riguardo alcuno verso la cosa «che niente può opporre di rispettabile» al soggetto (175). Le riflessioni di Romagnosi, che partendo da una osservazione *ex re* era giunto alla divisione del dominio, sono qui completamente estranee. É invece l'impianto rosminiano — tutto teso a separare la dimensione individuale, asociale, della proprietà da quella sociale — che riemerge, come in Borsari.

Illimitatezza e limitatezza non sono caratteri legati alla essenza della stessa proprietà, ma alla diversa natura di diverse proprietà. L'illimitatezza è essenziale a quella proprietà generica, che non si è ancora calata nella concretezza dell'esperienza, che è soliloquio del soggetto sulla cosa, suo atto d'imperio proiettato su quell'oggetto bruto che è una porzione piccola o grande del mondo dei fenomeni. A questa proprietà — che è più una capacità, una virtù del proprietario, ed ha quindi una misura prevalentemente intrasoggettiva anche se un suo capo obbiettivo è collocato nell'esterno — ripugna l'idea del limite, conviene l'idea della dispoticità, perché qui l'uomo proprietario fa, in sostanza, i conti solo con se stesso.

---

(173) De Filippis *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 125.

(174) De Filippis, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 173.

(175) Lo afferma, nello stesso volume, a p. 125 e lo ripete a p. 174 (dove però, al rigo terzo, c'è un evidente *lapsus* tipografico).

Ma quando da questo piano sopraordinato, da questa metafisica, caliamo nella 'storia', quando entriamo — per dirla col De Filippis — «nel suo periodo di manifestazione e di esplicazione», in cui *la* proprietà, facendo i conti con gli altri soggetti e diventando rapporto sociale, si muta nel *diritto di* proprietà, con la acquisizione della socialità si acquisisce anche la nozione del limite: da essenzialmente illimitata, scendendo dall'archetipo alle varie derivazioni concrete, la proprietà si propone come naturalmente limitata.

Si dimostra qui, in questa appartata riflessione del giurista meridionale, la fecondità di quella dialettica fra i diversi piani del *dominium*, che è un pò il contrassegno teoretico della dottrina giuridica di metà Ottocento. Grazie alla possibilità di giocare appunto su due piani si realizza una mediazione culturale e si concilia sotto il profilo logico quella che pareva l'intima contraddizione fra illimitatezza e limitatezza. Il modello restava relegato nel paradiso degli archetipi, ma inefficace e quasi devitalizzato, malgrado le riaffermazioni solenni in linea di principio. Il limite era definitivamente recuperato all'effettività della proprietà della vita quotidiana capovolgendo così il significato della definizione assolutizzante.

«Nel concetto della proprietà vedemmo rinchiusi due rapporti: uno tra il proprietario e la cosa, e l'altro tra il medesimo proprietario ed i terzi», precisa De Filippis ([176]). Si scoprono nettamente i due profili dell'istituto, l'individuale e il sociale, la sua bifrontalità, che sarà tanto valorizzata dalla dottrina successiva della seconda metà del secolo. E sulla scorta delle leggi speciali — che intervengono sempre più numerose dalla costituzione dello Stato unitario — si individua un primo fascio di limitazioni *ex lege* concernenti ora la coltivazione del tabacco, lo sfruttamento di cave torbiere miniere, la gestione del patrimonio boschivo, la tenuta di terreni paludosi ([177]).

La consapevolezza che traspare dalle pagine di De Filippis non si ripete nel coro dottrinale anche se resta acquisita l'idea del limite come aderente all'idea di proprietà 'sociale'. E questo emerge chiaro, quando si dice che il diritto di proprietà non consiste

---

([176]) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 264.

([177]) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 174 ss.

soltanto nel mio, ma piuttosto nel mio in stretto contatto e interdipendenza col tuo, l'uno e l'altro limitabile a causa del loro convivere; il che vale affermare una precisa nota di socialità, sia pure una socialità tra pari di segno modestissimo (178). Ed emerge ugualmente, quando si afferma che l'assolutezza è carattere essenziale del diritto di proprietà «unicamente nei rapporti non attinenti né al diritto dei terzi, né all'interesse pubblico» (179).

Accanto al (ed oltre il) dettato dell'art. 436, che prevede limitazioni nascenti da leggi e regolamenti, prende sempre più forma, sotto la palese influenza del Codice austriaco, un limite generico, non precisato in alcuna norma legislativa ma attingente direttamente al diritto naturale e pertanto costituente un vero e proprio principio generale dell'ordinamento: il diritto dei terzi. Il principio, applicato alla proprietà in misura tale da esorbitare di molto il ristretto campo dei rapporti di vicinato, serve alla dottrina come fonte di indeterminate limitazioni e rende la proprietà intrinsecamente molto più limitata di quanto postulino l'art. 436 e le disposizioni del Codice.

Come si è detto e come è il caso di ripetere, siamo qui oltre l'articolo. Si ha l'impressione che da parte della civilistica più provveduta si stia costruendo l'avvio per una teorica dei limiti della proprietà oltre le angustie della legge e per una sempre più marcata relativizzazione dell'istituto. I capitoli che seguono confermeranno l'impressione e la renderanno certezza, quando constateremo uscire dal ventre dell'*unum dominium* le tante proprietà imperfette, che il modello unitario nella sua assolutezza non aveva certamente fatto

---

(178) RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 86: «il diritto assoluto di godere e disporre della propria cosa incontra però una limitazione nel diritto altrui ... siffatta limitazione sorge dall'essenza stessa del diritto di proprietà. La proprietà, infatti, che consiste nel *tuo* e nel *mio* svanirebbe ove il *mio* ed il *tuo* non potessero coesistere».

(179) Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, vol. IX, P. I, p. 629. É il caso però di notare che la testimonianza di Bianchi — certamente paleocivilistica, ma datata 1895, ossia ai limiti estremi dell'itinerario paleocivilistico — assume il carattere della assolutezza come non-sinonimo di illimitatezza. I trenta anni, che separano i commentari di Bianchi e di Pacifici Mazzoni, non sono passati invano, tanto più che erano anni gremiti di interventi legislativi speciali nella sfera della proprietà e percorsi da una crisi profonda delle certezze individualistiche.

prevedere ([180]) e che il *deus ex machina* del 'diritto dei terzi' permetteva, come vedremo, di realizzare.

5. Il rapporto giuridico di proprietà — questa ombra opaca dell'archetipo proprietà —, rappresentando la caduta del modello astratto dal limbo dell'assoluto intraindividuale nella incandescenza delle relazioni intersoggettive, si configura dunque come una proprietà diminuita e viziata nella sua contaminazione con il sociale.

Simbolo e testimonianza di questo peccato originale del *dominium* è la nozione di limite, ad esso connaturale dal momento medesimo della caduta. Una nozione di limite che, come abbiam veduto, si propone agli occhi dello storico come il tentativo di affermare e, al tempo stesso, superare il modello, avviare armonicamente un processo di relativizzazione delle marcate assolutezze riposte nel modello e da quello trasmesse alle varie derivazioni.

Ma l'opera di relativizzazione era così appena iniziata. Infatti la vediamo subito spinta in altra direzione a conseguire risultati più consistenti; e il diritto di proprietà appare non soltante limitabile ma divisibile.

Fra possibilità di limitazione e possibilità di divisione gli interpreti non avvertono alcun salto logico; l'una e l'altra sembrano appartenere alla dottrina generale dei 'temperamenti della proprietà', come allora si diceva con l'ancor vivo linguaggio romagnosiano ([181]). La divisione non è che il segno tangibile d'un limite di grado e d'intensità particolari.

([180]) Sintomatico DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 236, che, introducendo il proprio discorso sulle «varie specie di proprietà», ossia sulla «proprietà letteraria ed artistica» e sulla «proprietà industriale», esordisce così: «La proprietà, così come l'abbiamo esaminata finora, con quei caratteri essenziali di assolutismo, esclusivismo ed irrevocabilità, è la proprietà dei beni corporali. Ma, come avvertimmo nel numero 180, si ammette pure la proprietà di cose incorporali, come sarebbero le opere letterarie, scientifiche, artistiche ed industriali. Ma la proprietà letteraria, scientifica ed artistica od industriale è inferiore e quindi diversa dalla proprietà dei beni corporali, guardata dal lato della durata, della estensione e delle garanzie legali». La vanificazione del modello operata mediante la introduzione di una serie di proprietà imperfette è qui già in atto.

([181]) N. GERMANO, *Trattato delle servitù*, volume I - *Natura, caratteri e divisione delle servitù*, Napoli, 1900 [2], p. 34. Il volume del Germano — che professionalmente non

Se generalmente la sfera d'azione del limite è la determinazione, in nome di interessi diversi da quelli del titolare, di ciò che è indeterminato e l'ordinamento di ciò che è disordinato; se generalmente la sua azione rimane esterna lasciando compressa ma strutturalmente intatta la situazione del titolare, in taluni casi il limite da esterno diventa interno e 'tempera' dall'interno la situazione proprietaria sottraendo al titolare una porzione del suo diritto. Si realizzano in tal modo quelle che il Borsari chiamava efficacemente «restrizioni intrinseche», limitazioni cioè che portavano a una divisione della proprietà, spesso autolimitazioni che il proprietario poneva in essere in grazia dell'assolutezza dei suoi poteri di *dominus*, come quando costituiva servitù prediali, diritti d'usufrutto, d'uso, d'abitazione o concedeva fondi in enfiteusi (182).

Un simile riagganciare limitabilità e divisibilità aveva per i paleocivilisti italiani il pregio di ricondurre il secondo aspetto alla stessa sorgente di legittimazione del primo: su di un piano di giustificazioni formali manteneva tutta la sua validità anche per la

---

è un accademico, ma un magistrato, e che è personaggio di grosse pretese speculative, come talora accade ai pratici, confinate in una orditura grezzamente naturalistica e condite con fantasiose invenzioni — esce in prima edizione a Napoli nel 1886. Qui si usa la seconda edizione, giacché, pur formalmente variata, rappresenta la consolidazione del pensiero dell'autore, che, nella sostanza, resta immutato. Di Germano, una utile integrazione — sempre nell'ordine di idee espresso nel trattato sulle servitù — è costituita dai due articoli: *Spiegazione logica della teoria della comproprietà e Aggiunta all'articolo 'Spiegazione logica della teoria della comproprietà'*, in *Il Filangieri*, XVII (1892). É invece, nella sostanza, un estratto della prima edizione del primo volume del trattato sulle servitù l'articolo *La servitù è frazione e non modificazione della proprietà*, in *Gazzetta delle Preture*, VIII (1886), p. 449 (l'autore, nato nel 1854, era allora Pretore in Laurenzana, nella Basilicata). Il Germano, se si riesce a metter da parte certe costruzioni teoriche barocche e certe immaginose superfetazioni che nascono dalle sue velleità filosofiche, si propone come un limpido e incisivo interprete delle posizioni paleocivilistiche, che ripete tranquillamente nella seconda edizione del 'Trattato'. Con queste cautele lo utilizzeremo con profitto nel corso del presente lavoro.

(182) BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843: «la proprietà essendo un complesso di diritti può suddividersi e separarsi, estrinsecando taluno di codesti suoi elementi costitutivi, che formano altri rapporti giuridici non meno reali. Sono altrettanti modi di disporre che competono al proprietario». E Borsari fa appunto l'esempio d'una costituzione d'usufrutto, di servitù, d'ipoteca. Aggiungendo: «Siffatte restrizioni del diritto devono appellarsi intrinseche, attesa la disgregazione di una parte degli elementi che lo costituiscono ...».

divisione della proprietà — che è una specie particolarmente intensa del genere limitazione — il discorso elaborato e definito per quest'ultima. Formalmente, la possibilità di divisione nasce e si afferma sullo stesso terreno della possibilità del limite.

Nella piena consapevolezza che sia questo il punto storicamente più rilevante e più significativo, tale da schiuderci senza schermi pseudoappaganti il senso autentico della costruzione teorica della paleocivilistica in tema di proprietà, non ci arresteremo però a queste sistemazioni preliminari. É insoddisfacente dire che quella divisione della proprietà — che per i nostri giuristi è rappresentata, come vedremo, dalla costituzione di un usufrutto, di un uso, di una servitù prediale, di una enfiteusi — rientra logicamente nei meccanismi di autolimitazione che il *dominus fundi* attua nella assolutezza del suo potere proprietario ([183]), giacché, se si chiarisce in tal modo la fonte e la legittimità di quegli *jura in re aliena*, non si chiarisce affatto le ragioni per le quali quegli *jura* siano nella rappresentazione tecnica dei paleocivilisti ciò che non saranno per i civilisti neoterici, cioè delle frazioni di proprietà, causa di profondi «smembramenti» della proprietà.

Segno che, dalla teorica dei limiti, ci si deve addentrare nella concezione strutturale della proprietà, se si vuole operare un chiarimento esaustivo. Senza dubbio la proprietà è divisibile perché è limitabile; ma questo non basta. C'è da mettere in luce una concezione fondamentale, che doveva consentire al limite di penetrare fin nelle radici del *dominium* e di smembrarlo. L'enfiteusi, l'usufrutto, la servitù prediale possono arrivare ad acquisire una tale forza dirompente solo se al fondo sta l'idea madre che la proprietà sia un 'ente' concettualmente e tecnicamente divisibile. Diciamo meglio: se sia per sua vocazione, *natura sua*, divisibile.

Una efficace comprensione della dottrina dei paleocivilisti sulla proprietà potrà avvenire soltanto se si assume quale punto di partenza dell'indagine la coscienza, che quei giuristi ebbero nettissima, della natura composita del diritto di proprietà. Sospinti in un

---

([183]) Discorso che pure affiora qua e là, per tutto l'itinerario della paleocivilistica, da Pescatore (cfr. *Logica del diritto*, cit., p. 253) a Francesco Saverio Bianchi (cfr. *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 649).

simile orientamento da quell'insieme di forze culturali che abbiamo visto premere sulla loro formazione professionale, essi tendono a percepire della proprietà non un tessuto inconsutile, compatto nella sua unitarietà, ma piuttosto un tessuto estremamente composito; non un potere unico che sia specchio della unicità della persona, ma un insieme coordinato di poteri ciascuno dei quali è fondato su elementi primordiali.

Sulla scorta delle stesse definizioni normative contenute nei Codici preunitari e nel Codice unitario, l'analisi dottrinale mira a scomporre il mosaico della proprietà nella somma delle sue tessere, nella convinzione che il segreto del *dominium* come combinazione di forze sia celato in ognuna di queste forze.

Da qui, una diagnosi capillare che articola, disgiunge, separa, che fa capo soprattutto — per la propria costruzione teorica — al ritrovamento delle parti riposte che formano il tutto e che il tutto non è riuscito a soffocare; e già questa premessa ci fa capire quanto si perpetui in questa nostra civilistica il groviglio delle diverse istanze tecniche che hanno dominato l'indagine giuridica della prima metà dell'Ottocento.

Come i caratteri della proprietà sono due — l'assolutezza e l'esclusività —, così sono due i suoi «attributi» o «elementi» costitutivi: il diritto-potere di disporre e quello di godere (184).

Non l'uno conglobato nell'altro, ma l'uno accanto all'altro con una inabdicabile possibilità di vita autonoma.

La posizione è espressa con la solita chiarezza, succinzione e anche immotivazione dal Pacifici Mazzoni: «Quando i due diritti di

(184) Si parla indifferentemente di «elementi» (cfr., *exempli causa*, BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 927; FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 365; Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, vol. IX, p. I, p. 681), o di «attributi» (cfr., *exempli causa*, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., l. II, tit. II, n. 33; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 152), o anche di «fattori» (cfr. BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 89), oppure di «elementi» e «attributi» insieme (cfr. SCOTTI, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., vol. I, § 853). Generalmente questi 'elementi' sono ravvisati, come si dice nel testo, nel disporre e nel godere. In qualche riflessione l'elemento del godere viene scisso nei due aspetti dell'*uti* e del *frui*, senza che però sia sostanzialmente alterato il quadro che si offre nel testo (per esempio, in Francesco Saverio Bianchi).

godere e disporre sono uniti la proprietà chiamasi perfetta, e se l'uno de' due è disgiunto dall'altro in tutto o in parte chiamasi imperfetta; a quest'ultima appartengono l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e la servitù» (185).

Tralasciamo quel richiamo alla 'proprietà imperfetta', che è rilevantissimo ma che ci impegnerà tra poco, e afferriamo per ora soltanto il dato istologico della analisi dottrinale: il grado di massima intensità del fenomeno appropriativo — che il Pacifici Mazzoni chiama 'proprietà perfetta' — non è che la occasionale riunione di attributi-elementi legati da una relativa coesione; coesione che al minimo accidente può sfaldarsi, consentendo ai singoli elementi una vita disgiunta. La disgiunzione degli elementi è insomma un fatto normale al pari della congiunzione, un fatto fisiologico e non patologico.

L'analisi dissacrante del fenomeno proprietà compiuto da tanti secoli di *jurisprudentia* del diritto comune con la sua accentuata scomposizione dell'unità del *dominium* preme nel subcosciente dei nostri civilisti e determina il loro modo di approccio con il problema. C'è anche qui l'esigenza di guardare con curiosità all'interno dell'involucro proprietà, di scomporre e di ricomporre acquisendo però la consapevolezza fondamentale della sostanziale autonomia delle singole parti componenti.

Una testimonianza significativa è quella che ci dà Francesco Saverio Bianchi ai limiti estremi della zona temporale della paleocivilistica.

Bianchi — già lo sappiamo — è personaggio di rilievo; giurista solido, non ha le indulgenze retoriche o le fiacchezze letterarie purtroppo presenti in tanti altri; legato ai testi normativi, è però di essi interprete aperto e avveduto; scarno di riferimenti alla giurisprudenza e alla dottrina, ha stima assai relativa per la riflessione italiana tendendo l'orecchio a quella francese sempre però nella piena rivendicazione della propria libertà di interprete.

Il suo discorso sulla proprietà si svolge, in prevalenza, in una relativa solitudine. Maturatosi negli anni immediatamente antecedenti il 1895, conserva e porta innanzi irremovibile, tra il pullulare

---

(185) PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., l. II, vol. I, n. 80, p. 78. L'insegnamento è ripetuto in *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., l. II, tit. II, n. 33.

vivo e vivace — e anche virulento — della ormai imperante neocivilistica germanofila, il messaggio della prima interpretazione post-unitaria (186). Il pregio eminente del suo discorso sta nel non essere ripetitivo, di guardare a *tutto* lo sviluppo dottrinale in *tutta* la sua ricchezza e di tentare di dargli una più agguerrita sistemazione e formulazione tecnica. Della paleocivilistica Francesco Saverio Bianchi non è solo la voce temporalmente estrema, ma la più matura, la più speculativamente ricca, la più perspicuamente riassuntiva di trenta anni di dibattito.

Lo storico del diritto che cercasse e registrasse soltanto consonanze tra pensiero giuridico ed evoluzione delle strutture economiche rimarrebbe deluso di questo pensatore, robusto ma solitario e distaccato, così poco inserito nelle nuove espressioni di una cultura giuridica fedelmente interpretativa d'un individualismo dinamico. Per chi è attento alla avventura intellettuale della scienza anche e soprattutto come sforzo conoscitivo di lettura del mondo, l'opera del Bianchi è il segno tangibile della possibile autonomia della riflessione culturale e delle proprie forze; né ci sentiremmo di proporci il vacuo interrogativo se si tratti di pensiero conservatore e

(186) Si veda il rimprovero che gli farà, molti anni dopo, Biagio Brugi, in quel suo 'Trattato', sulla proprietà, che appare — in prima edizione — nel 'Trattato' generale del Fiore nel 1911 e che è il manifesto riassuntivo di tutto il filone dei neoterici. Cfr. B. BRUGI, *Della proprietà*, Napoli-Torino, 1923 ², p. 59 ss.); rimprovero reso più aspro dal conflitto fra la stima che il Brugi professa verso il Bianchi e dalla assoluta incomprensione verso ogni teorica scompositrice della proprietà. Scrive Brugi: «sarebbe desiderabile che nei nostri trattati di diritto civile non restasse traccia alcuna di quelle antiche distinzioni del dominio. E già siamo, a dir vero, sulla buona via. Ma devo pur ricordare, per l'autorità grande del nome, che il compianto F.S. Bianchi mantenne, e volle anzi rafforzare con argomenti giuridici, la distinzione di proprietà perfetta ed imperfetta» (p. 59). E Brugi, quasi per sottolineare la stonatura rappresentata dalla predetta opinione, rimprovera specificamente al Bianchi di essersi troppo fondato su Pothier e sui commentatori francesi che, dietro di quello ma contro il *Code*, avevano proposto la distinzione, rilevando che «il Bianchi non doveva dimenticare che la tendenza politica dei Compilatori di quel Codice [il *Code Napolèon*] corrisponde non pure al programma dei compilatori del nostro, ma alla dottrina stessa della proprietà come ce la trasmisero gli antichi giureconsulti italiani» (p. 60). Sacrosanto il richiamo alla politica dei Codificatori. Sorprendente invece il richiamo ai maestri italiani dello *jus commune*, che Brugi conosceva bene e il cui messaggio è addirittura in senso opposto a quello voluto dal romanista toscano. Segno che gli assiomi esistenti in tema di proprietà per il romanista Brugi obnubilavano la sua mirabile conoscenza della *interpretatio* medievale.

reazionario per una naturale diffidenza che portiamo verso qualificazioni tanto ambigue e tanto spesso antistoriche.

Il giureconsulto piacentino non si limita a ripetere col Pacifici Mazzoni e con gli altri civilisti che la proprietà «è quindi piena, o perfetta, allora quando tutte queste facoltà [cioè di usare, di godere e di disporre] sopra una cosa si trovino riunite nella stessa persona; ed all'opposto è meno piena, o imperfetta, se quei diritti siano disgiunti l'uno dall'altro, ed attribuiti a persone diverse» (187), ma esaspera l'analisi strutturale del diritto di proprietà.

Sintomatica una sua polemica in proposito con un autore tra i pochi dallo stesso Bianchi ammirato e seguito, il Demolombe. Questi aveva sostenuto la estrema rilevanza di uno studio degli elementi della proprietà nelle fattispecie che mostravano una loro disgiunzione, e una totale irrilevanza invece dello stesso studio allorché tali elementi si trovavano effettivamente riuniti e ricompresi nella proprietà piena. Non c'è motivo — precisava Demolombe — di perder tempo a caratterizzarli in questa circostanza, dal momento che, essendo riuniti in una stessa mano, non è ipotizzabile tra essi un qualsiasi conflitto. Unica situazione apprezzabile da parte del giurista appare allora soltanto il diritto che risulta dalla loro riunione, e cioè la proprietà piena (188).

La polemica di Bianchi si appunta esattamente contro questa asserzione. Egli infatti, non accettando l'invito dell'esegeta francese e conclamando anzi ad alta voce l'esigenza primaria per l'interprete di sottoporre ad analisi autonoma i singoli elementi della proprietà anche in presenza d'una situazione di proprietà perfetta, esaspera il carattere meramente composito di questa e l'autonomia delle singole posizioni all'interno della proprietà.

É in ciascuna di quelle e non nel contenitore generico la carica vitale della proprietà; è nel godere, nell'usare, nel disporre, e non già nella sua occasionale riunione, che nulla aggiunge in qualità ma soltanto in quantità alle sue articolazioni.

Ogni elemento rappresenta una ragione parziale di proprietà, con un'autonomia che in nessun momento vien meno, neanche nel

---

(187) Francesco S. Bianchi, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 649.

(188) Le affermazioni di Demolombe sono ampiamente riportate da Bianchi (*op. ult. cit.*, pp. 679-80).

momento di apparente fusione, come potrebbe essere interpretata la proprietà piena e che è invece soltanto uno stato in cui quelle autonomie quiescono pronte a manifestarsi alla prima occasione. Basterà infatti una limitazione che venga a incidere sulla proprietà piena, perché il meccanismo della autonomia scatti, e si manifesti anche esternamente quella non-fusione, quella separazione, che, costantemente anche se latentemente, ha caratterizzato i singoli elementi (189).

Chi ha pratica del vecchio armamentario tecnico dei dottori e dei tribunali del tardo diritto comune avrà subito in mente un nome e un istituto: l'usufrutto causale. Questo, nella elaborazione dello *ius commune*, esprimeva il limite massimo cui era giunta la tendenza autonomizzatrice impressa alla facoltà di godimento in seno alla proprietà. L'*usufructus causalis*, a fronte dell'*usufructus formalis* che è lo *ius in re aliena* della tradizione romanistica di sempre, era il tentativo di dare un volto e dei confini autonomi al godimento non distaccato del proprietario, era il momento estremo di una elaborazione della teorica della proprietà incentrata sui singoli elementi componenti. É tutta questa tradizione giuridica che Francesco Saverio Bianchi ha dietro di sé e dentro di sé, e orienta la sua pagina; e, accanto, quel Codice parmense — *lex loci* per lui, piacentino di nascita, studente e professore nella Parma ducale —, che sembrava prolungare in un principato dell'Italia borghese buona parte della sistemazione medievale della proprietà.

Se l'analisi di Bianchi, per la sua impostazione e formulazione, propone con evidenza particolare il problema degli influssi del modello medievale, tutta la visione paleocivilistica del *dominium* incentrata sui suoi singoli elementi e sulla loro autonomia è, nella sostanza, un prolungamento del vecchio approccio con le cose.

In un clima di marcato individualismo, se qualcosa si depone della visione antica, è la ricostruzione dall'angolo d'osservazione della cosa e la valorizzazione della cosa, è l'orientamento squisitamente oggettivistico; né si può pertanto restare sorpresi quando Antonio Cavagnari, filosofo del diritto (190), volendo dar veste

(189) Francesco S. BIANCHI, *op. ult. cit.*, pp. 680-81.

(190) Su Antonio Cavagnari (1839-1913), modesto eclettico che dal 1879 insegna Filosofia del diritto alla Università di Padova, cfr. i cenni di N. BOBBIO, *La filosofia del*

filosofica alla costruzione giuridica, non trova di meglio per legittimare la disgiungibilità e autonomizzabilità degli elementi della proprietà — «i quali possono sussistere da sé» (191) — che legarli a singoli e autonomi momenti del comportamento del soggetto. La proprietà, come riunione di elementi autonomi, viene ad avere il suo fondamento puramente 'scientifico' in una psicologia analitica che, sezionando la complessità della psiche umana, tende a collegare, in un ingenuo tentativo dallo scoperto scientismo positivistico, la nuda proprietà all'intelligenza, il possesso alla volontà, l'uso alla vita fisica.

Talora l'eredità medievale è più scopertamente segnalata, come quando si fa capo alla sostanza e all'uso della cosa per operare il frazionamento della proprietà (192); talora è un effettivo affiorare di venature medievali, come quando si dice che «la proprietà come un potere giuridicamente esercitato sulla cosa o la colpisce nella totalità o nella parte soltanto» (193), e si conclude che «nel primo caso è uno il potere complessivo; nell'altro caso è molteplice, diviso e separato».

Il potere immediato ma parziale sulla cosa è qualificato qui come potere su parte della cosa, dove parte non significa già quota ideale di essa ma una delle sue varie dimensioni economico-giuridiche. Segno che il potere parziale nasce da una scomposizione economica della *res* ed è direttamente influenzato — se non addirittura promanante — dalla cosa.

Se si pensa che chi scrive in tal modo è Francesco De Filippis, il civilista napoletano che aveva insegnato l'assoluta irrilevanza della *res* per la costruzione di limiti alla proprietà (194), dovremmo —

---

diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto della R. Università di Roma*, a. 1942, p. 83 ss. Un estrinseco profilo ne traccia V. POLACCO, in *Annuario della R. Università degli Studi di Padova*, a.a. 1913-14, Padova, 1914, p. 331 ss. Cavagnari fu singolarmente attratto dal tema della proprietà; vi si attarderà anche per studiare il non facile problema della proprietà letteraria. Cfr. A. CAVAGNARI, *La filosofia del diritto e la proprietà letteraria*, Padova, 1883.

(191) CAVAGNARI, *Elementi naturali storici e filosofici del sistema del diritto*, Padova, 1876, p. 308.

(192) Soprattutto nei pratici. Cfr. GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. I, p. 7.

(193) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. XI.

(194) Si confronti il testo citato più sopra, a p. 512.

comparando le due affermazioni — registrare la implicità contraddizione e ancora una volta insistere su una valutazione storiografica della paleocivilistica italiana come terreno di confluenza culturale e perciò terreno di mediazioni, di conflitti, di contraddizioni. In una letteratura giuridica legata da un preciso filo interiore col costume e con la tecnica del diritto comune, i rigurgiti più o meno consapevoli di quella tradizione si uniscono disinvoltamente ad accenti accesamente individualistici. Senza dubbio, nel discorso di De Filippis or ora citato, c'è una valorizzazione della cosa e c'è l'indicazione d'una genesi dal basso del potere reale, che collocano l'autore al centro di un combattuto quadrivio culturale.

Ma la tenacia di queste antiche radici è dimostrata dalla convinzione senza incertezze, senza scosse, senza cedimenti, che la proprietà è un diritto complesso e composito. Si dirà che «rappresenta l'intero» (195), che «racchiude in sé tutti i diritti che reali si appellano» (196), che è «un complesso di diritti», «un complesso di elementi sostanziali che separandosi costituiscono altri nuclei di proprietà entro una sfera più circoscritta» (197), «un diritto complesso che abbraccia speciali diritti, i quali possono sussistere da sé» (198), che «non è un diritto semplice, ma sibbene un complesso di diritti, i quali, dove si trovino riuniti nella stessa persona, costituiscono la proprietà piena, la proprietà assoluta» (199), che è un «integro» che può essere frazionato, smembrato, nel senso che i due fattori, che lo costituiscono, il godimento e la disponibilità, non siano concentrati nella persona medesima» (200), che è una «riunione» di elementi (201).

Certo è che si tratta di una realtà componibile e scomponibile

---

(195) De Filippis, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. III, p. v.

(196) Buniva, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 72.

(197) Borsari, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843 e § 927.

(198) Cavagnari, *Elementi naturali storici e filosofici del sistema del diritto*, cit., p. 308.

(199) Paoli, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 1.

(200) Bolaffio, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 89.

(201) Francesco Saverio Bianchi, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 681.

con estrema facilità; di una realtà che, in presenza di tutti gli elementi componenti, è soltanto la somma di essi, è soltanto una realtà più completa. Non ingannino talvolta i termini usati, che parlano di 'totalità' (202) e di 'sintesi' (203): la proprietà è per la paleocivilistica italiana la congiunzione di certi attributi senza che ad ognuno di essi il fatto occasionale del congiungersi tolga individualità e vigore, ma anzi serbando ognuno di essi intatta una propria carica tendenzialmente centrifuga.

Su un punto mette conto che spendiamo ancora qualche parola. Abbiam detto or ora che la loro riunione dà vita al diritto di proprietà, ma è stata una affermazione inesatta, o almeno provvisoria. I nostri paleocivilisti avrebbero preteso l'aggiunta di una aggettivazione non irrilevante e avrebbero parlato di proprietà 'perfetta'.

Il diritto di proprietà — che comprende il diritto di godere, di usare, di disporre — non è *sic et simpliciter* il diritto di proprietà, bensì un diritto di proprietà che sempre viene accompagnato da una qualificazione; più spesso si dirà perfetta (204), ma anche piena (205),

---

(202) Come fa FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 327. Ma ci si accorge subito che per lui totalità vale somma totale e non già fusione di elementi per cui il tutto è un *quid* profondamente diverso dalle parti; basta infatti fare attenzione al contesto del discorso di Foschini, nel quale si insegna che la proprietà «costituisce il complesso di tutte le facoltà che possono competere a taluno sopra una cosa, cioè la totalità degli attributi del dominio», per renderci conto che egli parla di totalità in un senso che non ha nulla in comune col significato che al termine attribuiranno i neoterici (cfr. più avanti a p. 551 ss.).

(203) Di sintesi parla impropriamente DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. III, p. V, assumendo il termine come sinonimo di completezza («la *proprietà* rappresenta l'*intero*, perché è la sintesi dei poteri dominicali giuridicamente possibili sulle cose e congiuntamente attribuiti ad unica persona»); tant'è vero che per lui gli «elementi» della proprietà sono «frazioni» di essa (cfr. il seguito del passo or ora citato).

(204) *Exempli causa*, PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., lib. II, vol. I, n. 80, p. 78; BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843; MATTEI, *Il Codice civile italiano*, cit., vol. I, art. 439; Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 649.

(205) FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 368; PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. I. Spesso si parla anche di «proprietà piena e perfetta» (un esempio in BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 83).

ma anche completa (206). Voci varie per esprimere un'idea sola: quella di completezza; per dire che questo diritto ha la estensione più ampia, che racchiude in sé tutti i suoi attributi nessuno escluso.

Una simile proprietà così estesa è quella di cui parla la prima parte dell'art. 436 del Codice unitario; che è precisamente la proprietà giuridica costruita dal legislatore sul calco del modello metafisico, relativizzato e limitato nel momento in cui è divenuto uno schema socio-giuridico, ma serbante ancora ben marcati i caratteri di assolutezza così netti e limpidi nell'archetipo presociale. Solo che l'operazione non si arresta qui, e il procedimento deduttivo non si ferma a segnare il trapasso da *la* proprietà al *diritto di* proprietà. Infatti il diritto di proprietà dell'art. 436 non è *la* proprietà giuridica, ma la *proprietà giuridica perfetta*. Qualificazione né irrilevante né innocua, perché indica a sufficienza che lo scavo del giurista è destinato ad andare ancora oltre; perché rinvia a sue derivazioni e variazioni che perfette non sono.

Il diritto di proprietà dell'art. 436 — esso stesso derivazione del modello individuale di proprietà — è assunto come modello di altre proprietà giuridiche costruite sul suo calco e recanti nella loro struttura un grado maggiore o minore di imperfezione e di incompletezza. La dialettica fra proprietà e diritto di proprietà ora si complica e si articola ulteriormente nella dialettica fra proprietà perfetta e imperfetta, piena e meno piena, completa e incompleta (207).

Di modello in modello la relativizzazione operata dai nostri giuristi non ha soste, e non ha soste l'itinerario di allontanamento dall'archetipo supremo; il quale, senza mai essere smentito, galleggia però sempre più lontano e, vorremmo dire anche, sempre più inefficace.

Affermare che l'art. 436 rappresenta soltanto il modello dei diritti di proprietà — modello fissato nella formula di proprietà perfetta — non è conclusione di poco conto, ma segnala che il tema della proprietà giuridica non è esaurito né nell'articolo né nel titolo che il 436 inaugura. Il discorso sulla proprietà perfetta apre un

---

(206) BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 101.

(207) Come espressamente segnalano le indicazioni testuali riportate alle note che immediatamente precedono.

problema di ulteriore relativizzazione in rapporto alle imperfezioni che il modello viene a subire. Se esse potranno essere considerate all'interno dello schema della proprietà e fino a che punto la nozione di proprietà sopporterà ulteriori relativizzazioni, saranno gli interpreti stessi a significarcelo.

6. Parlando a proposito della costituzione d'usufrutto, di servitù prediali, d'ipoteca operata da un titolare del diritto di proprietà perfetta, Luigi Borsari afferma: «Siffatte restrizioni del diritto di proprietà devono appellarsi intrinseche, attesa la disgregazione di una parte degli elementi che la costituiscono e la imperfezione in cui è venuta, talché in presenza di questo fatto ci sentiamo già fuori della nozione espressa nell'articolo 436» (208).

É un testo cui abbiamo già fatto riferimento (209), ma su cui dobbiamo ritornare per la sua puntualità; riassume infatti quanto abbiamo detto sinora e apre il discorso sul cammino ulteriore che ci resta da percorrere.

É bastato che il proprietario abbia dato vita a una autolimitazione — sembra rilevare l'acuto giurista ferrarese —, che subito l'autolimitazione è calata nella struttura della situazione complessiva e ha diviso ciò che era naturalmente divisibile in quanto semplice congiunzione occasionale; è bastato che il proprietario abbia costituito una servitù, un usufrutto, un'enfiteusi, un'ipoteca, che subito questo atto da genericamente incisivo sul piano del reale è diventato incisivo su quello specifico della proprietà (210).

E Borsari consapevolmente avverte che un problema si è aperto: quale significato giuridico assume la 'imperfezione' del diritto di proprietà e che cosa tecnicamente si intende con il termine fumoso di proprietà imperfetta? Perché un dato è certo: che con la proprietà imperfetta si lascia il terreno sicuro dell'art. 436, dove è segnato in

---

(208) BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843.

(209) Cfr. più sopra, a p. 517.

(210) Per amor di precisione va qui segnalato che, talora, singoli interpreti enunciano delle perplessità sulla identificazione di questo o quello *ius in re aliena* come smembramento della proprietà. Ci sembra tuttavia che sia sufficiente un semplice accenno, giacché queste sparse opinioni non sono che variazioni minime d'una linea interpretativa che è e resta unitaria e generale.

precisi contorni un *dominium* limitabile da leggi e da regolamenti ma completo di tutti i suoi attributi, per inoltrarci invece in una zona malsicura e popolata di figure dai contorni sfumati e sfocati.

É insomma lecita, a questo punto, la domanda: in quale zona del *mio* giuridico ci collochiamo? Fin dove si estende per i paleocivilisti italiani quella dimensione intensa del *mio* giuridico che è la proprietà, se, pur con tutte le imperfezioni, si continuano a chiamare proprietà situazioni che il civilista italiano di oggi colloca ben al di fuori, tra i diritti reali limitati, tra i cosiddetti *jura in re aliena*? Se questo è il problema — l'identico problema, che noi ci poniamo espressamente e il Borsari implicitamente —, prendiamo pure le mosse dal testo borsariano.

Punto di partenza e premessa maggiore è che la proprietà perfetta è la somma di tutti gli elementi-attributi-fattori della proprietà e che, come ogni somma, è perfettamente 'smembrabile'. Dopo lo 'smembramento' (211) non sorge questione per la definizione tecnica della situazione del titolare del *dominium*: la sua è e non può non essere una proprietà imperfetta, perché diminuita di un elemento. Ma qual è la sorte giuridica dell'elemento che è stato smembrato? Come possiamo tecnicamente qualificarlo?

La dottrina ha cura di precisare che, parlando in termini di situazioni soggettive, e cioè in rapporto alla attività di un soggetto, gli elementi-attributi-fattori assumono l'aspetto di facoltà, di diritti di godimento, d'uso, di disposizione (212). Si aggiunga; di diritti che «hanno tutti una destinazione, un esercizio ed un vantaggio proprio e distinto», che «ben possono concepirsi giuridicamente distaccati dal dominio» e possono avere «una distinta esistenza civile» (213). Le tessere del mosaico proprietà sono delle 'frazioni' di essa, ma

---

(211) Come si dirà fra poco, il termine 'smembramento' non è nostro, ma tipico e tecnico dei paleocivilisti.

(212) A mero titolo d'esempio, PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., l. II, vol. I, n. 80, p. 78; ID., *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., l. II, tit. II, n. 33; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 72 e 100-101; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, Torino, 1873, vol. II, art. 477; DE LUCA, *Teoria della proprietà reale*, cit., p; 176; PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 2.

(213) PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 2.

'frazioni' dotate d'autonomia, vocate ad una vita propria anche dopo che si è frantumata la fragile congiunzione della proprietà piena.

Il procedere non può che seguire ormai una via deduttiva, tanto nette ed inequivoche sono le premesse assiomatiche: la qualificazione dell'elemento distaccato dovrà essere la stessa qualificazione che, sul piano logico, spetta alla frazione rispetto all'intero. Con la consueta chiarezza di idee De Filippis né dà una individuazione rigorosa e logicamente cristallina: «I diritti reali rappresentano le frazioni, perché sono elementi della proprietà, ovvero certi poteri dominicali staccati dall'intero ed attribuiti a persona diversa dal proprietario per esercitarli ugualmente che il proprietario sulla stessa cosa. Le frazioni per quanto minime in proporzione sono della stessa natura dell'intero. Quindi nei diritti reali si rattrovano quei medesimi caratteri che sono nella proprietà. É questa la ragione per la quale anche i diritti reali sono chiamati proprietà con l'aggiunta di semipiena per distinguerla dalla proprietà intera che è detta proprietà piena» (214).

Il termine 'smembramento' e il termine 'frazione' appartengono al vocabolario tecnico dei nostri paleocivilisti (215) e sottolineano la scomposizione della proprietà perfetta come diritto complesso, il carattere di parte rispetto all'intero che ha il diritto reale limitato (216).

La sottolineatura è greve di conseguenze, e il linguaggio non è occasionale. Arrivare da parte dei giuristi alla conclusione che una servitù prediale, un usufrutto, un uso, un'abitazione, un'enfiteusi, e via dicendo, sono, come concetti giuridici, delle frazioni della proprietà significa affermare la propria consapevolezza che il divario che separa proprietà e diritti reali limitati è un divario certamente non qualitativo ma soltanto quantitativo (217), che la proprietà è soltanto

---

(214) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. III, p. V.

(215) Non mette conto di fare citazioni. Si tratta di terminologia assolutamente comune. Esemplare per chiarezza il testo istituzionale — cioè destinato alle scuole — di BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*; cit., pp. 83-91 (*passim*).

(216) Per chi si muove dall'angolo d'osservazione della cosa «separare la cosa, come materia, dall'uso di cui la cosa può essere suscettibile, dicesi *frazionamento* della proprietà» (GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. I, p. 26).

(217) Il che è benissimo espresso da Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 649, quando insegna che la proprietà «è quindi piena, o

il diritto reale più esteso, «più completo» (218), il più ricco della gamma di attributi dominativi (219).

Una certezza ultima domina tutto questo itinerario interpretativo, che i civilisti costruiscono finemente nella impalpabile zona di confine che è fuori della legge ma che ogni tanto disinvoltamente vi fa capo: certezza che *dominium* e *iura in re aliena* sono legati da una identica natura.

Il fenomeno appropriativo, come meglio vedremo nel prossimo capitolo, non ha qui quella scissione netta fra ciò che è proprietà e ciò che non lo è, che contraddistinguerà tutta la nuova civilistica italiana per arrivare quasi sino a noi; qui fra proprietà e diritto reale si tendono a vedere più gli elementi unitivi che le discriminazioni sostanziali, e una effettiva osmosi vincola la prima al secondo. Dalla proprietà al diritto reale non è un salto di piani, ma un continuo insensibile passaggio come fra due realtà qualitativamente omogenee. Una stessa natura funge da piattaforma comune delle due manifestazioni e, se non elimina, attenua le distinzioni. E i nostri autori lo conclamano a chiare note, quando ci dicono che la frazione reca impressa in sé l'immagine dell'intero; che il titolare d'un diritto reale limitato ha una funzione del diritto di proprietà, ossia ha una situazione che funzionalmente è proprietà bensì ridotta, dimi-

---

perfetta, allorquando tutte queste facoltà sopra una cosa si trovino riunite nella stessa persona; ed all'opposto è meno piena, o imperfetta, se quei diritti siano disgiunti l'uno dall'altro, ed attribuiti a persone diverse».

(218) PACIFICI MAZZONI, *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei Dottori e la giurisprudenza - Della distinzione dei beni, della proprietà e delle modificazioni della proprietà ed in specie dell'usufrutto, uso ed abitazione*, Firenze, 1870 [2], p. 102.

(219) Ecco alcune limpide enunciazioni di una convinzione generale: BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 927 («dato che la proprietà è un complesso di elementi sostanziali che separandosi costituiscono altri nuclei di proprietà entro una sfera più circoscritta ...»); CAVAGNARI, *Elementi naturali storici e filosofici del sistema del diritto*, cit., p. 309 («ciascuno di questi speciali diritti è sempre un diritto di proprietà, ma limitato e minore»); GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. II, p. 28 («quando si verifica il frazionamento di proprietà, chiunque abbia una frazione della stessa, ha i poteri di proprietario, sebbene limitatamente a tale frazione: non ha la piena proprietà, perché questa comprende tutti e tre gli elementi che la proprietà compongono, *sostanza, uso e frutto*, ed egli non ha che un elemento solo, ma relativamente a questo elemento è domino assoluto, irrevocabile ed esclusivo»).

nuita (220); che il cosiddetto *ius in re aliena* partecipa del carattere del *dominium* (221).

É allora perfettamente comprensibile che, al termine del suo lungo processo di relativizzazione della proprietà, il paleocivilista non abbia alcuna esitazione nel qualificare proprietario e proprietà anche il soggetto e la situazione che fanno capo a un attributo distaccato, un attributo che si pone semplicemente come frazione dell'intero. E non si potrà non parlare tranquillamente, come comunemente si fa, di proprietà imperfetta o semipiena.

Conseguenziale è dunque la conclusione del vecchio pratico pensoso, che se «il diritto reale, meno che per quanto l'estensione, deve avere gli stessi caratteri della proprietà, di cui è parte, e se nella proprietà si distinguono specialmente i caratteri di assolutismo, irrevocabilità ed esclusivismo, i medesimi debbono pure ritrovarsi in ogni diritto reale, e se non vi si rinvengono, diritto reale non può dirsi» (222).

Per ciascuno degli attributi infatti, minuziosamente, la dottrina ricostruisce la caratteriologia essenziale; in ciascuno scopre l'immagine del *dominium*. *In nuce* ogni attributo è una proprietà sostanziale. Si direbbe che, malgrado le ripetute enunciazioni retoriche sull'*unum dominium*, l'attenzione degli interpreti sia invece tutta rivolta all'interno del *dominium*, a quelle situazioni interne che ha autonomizzato e alla cui costruzione autonoma dedica ogni cura.

Senza dichiarazioni programmatiche, nascostamente e quasi silenziosamente, si perpetra da parte della paleocivilistica un sostan-

---

(220) RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 152.

(221) BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 925 («l'usufrutto partecipa della realtà che si assomma nel diritto di proprietà da cui procede»); FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 366 («i diritti reali e i pesi reali consistono nell'entrare in un rapporto diretto con la cosa corporale che resta nel possesso, almeno di diritto, del proprietario, ànno con la proprietà la stessa cosa ad immediato oggetto, partecipano del carattere della proprietà e si riducono a limitazioni del diritto di proprietà, cioè a concessioni che il proprietario fa ad altri di alcuna delle sue facoltà sulla cosa corporale che è nel suo dominio ... La proprietà è la *plena in re potestas*, i diritti reali e i pesi reali partecipano in qualche punto e per alcun verso della potestà del proprietario. I diritti reali e i pesi reali dunque ammettono una proprietà disgregata e ristretta»).

(222) GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. I, p. 37.

ziale tradimento dei valori codificati dell'individualismo possessivo, con un'attenzione che si sposta sempre più da *la* proprietà a situazioni diverse. Che poi a queste situazioni si dia una nobilitazione formale e le si collochino nell'ambito dei *dominia*, questo non fa che confermare e avvalorare la conclusione. Sotto questo profilo, l'analisi della paleocivilistica italiana si mostra allo storico come la naturale prosecuzione, pur dopo la cesura dei Codici, pur dopo le affermazioni rivoluzionarie, delle analisi tecniche dei maestri del diritto comune.

Chi voglia sincerarsene non ha che da aprire le molte pagine che nell'ambito del suo corso, Francesco Saverio Bianchi dedica al problema. Capillarmente, insistentemente, si riconducono agli attributi, alle frazioni dell'ente complesso, i caratteri dell'ente stesso. Si tende quasi a liberarli dal vincolo coercitivo della congiunzione. L'interesse palese del giurista è per questi momenti della proprietà, che sono già di per sé delle proprietà embrionali, che hanno in sé tutte le ragioni per essere così qualificati. E il giurista si compiace di colorire queste proprietà parziali dei crismi della assolutezza, della esclusività, della perpetuità; e il divario che separa la proprietà della cosa dalla proprietà del diritto sulla cosa tende a colmarsi in una visione assai sfumata, in cui si è perduta la traccia di antiche e rigorose separazioni (223).

7. Al termine dell'itinerario descritto una conclusione doverosa da trarre, che è singolare e sconcertante se si tien conto del nostro punto di partenza, è che la dialettica proprietà perfetta-proprietà imperfetta, la proliferazione delle proprietà imperfette, vénano di atipicità tutto il tema della proprietà. Non siamo ormai più in presenza de *la* proprietà, ma di un fascio di situazioni proprietarie abbastanza ampio inseribili tutte nel novero delle figure tecniche di *dominium*; e non ha torto la dottrina paleocivilistica, quando, commentando la dizione ambigua dell'art. 441 del Codice unitario concedente ad «ogni proprietario» l'azione di stabilimento dei termini (224), riferisce quella dizione anche a ogni titolare di

(223) Pagine importanti vi dedica appunto Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 645 ss., p. 681 ss., p. 827 ss.

(224) Non ci interessa qui il problema — che è dibattuto in dottrina — se l'art.

proprietà imperfetta in quanto autentico proprietario (225); o quando, coerentemente, estende l'area dei legittimati alla stessa azione rivendicatoria (226).

La proprietà da una tipicità esasperata — tanto esasperata da esaurirsi in una assoluta, infrangibile unità — passa ad una netta atipicità.

Si tenga infatti conto che ogni modificazione della proprietà è còlta soprattutto nel suo aspetto di 'proprietà modificata' (227), e si ponga attenzione al fatto che, contro certe perplessità affioranti nella letteratura esegetica francese, si ammette la generale autonomia dei privati nella costituzione di diritti di servitù e quindi un *numerus non clusus* di questi (228); che, quindi, la 'imperfezione' consiste nell'incidenza di una categoria di interventi non previsti e non prevedibili,

---

441 contempli soltanto l'azione di stabilimento dei termini o anche quella di regolamento dei confini. Vedi la descrizione precisa della disputa esegetica nel riassuntivo Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 908 ss.

(225) Lapidario, Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 963: «è vero che il testo della legge attribuisce quell'azione ad ogni proprietario, ma lo è appunto anche chi ha un dominio imperfetto». Ma si vedano anche PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., lib. II, vol. I, n. 124, p. 106; ID., *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., l. II, tit. II, n. 38; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 110; BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 863; MATTEI, *Il Codice civile italiano nei singoli articoli*, cit., art. 441; FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., vol. II, art. 441.

(226) «L'azione rivendicatoria compete ad ogni proprietario ... abbia perfetta o imperfetta proprietà ... Né manco è da distinguere, se la proprietà sia perpetua o temporanea ...» (PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., lib. II, tit. II, n. 34). Cfr. anche il lucido e motivato discorso di BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 854, che sarà ripreso più avanti nel testo.

(227) PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., lib. II, vol. I, n. 288 in princ.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. I, Firenze, 1876, p. 3; BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 83.

(228) Si veda, riassuntivamente, Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 814-816, secondo il quale «la libera facoltà di disporre dei beni propri si estende anche alla facoltà di costituire sopra di essi quei diritti reali, quali che siano, che il proprietario reputi opportuno di stabilirvi, ancorché non siano contemplati e regolati con apposite disposizioni dalla legge» (p. 816). La dottrina era agevolata, sulla strada di questa conclusione, dal fatto che il Codice unitario italiano non aveva riprodotto la norma limitativa espressa nel *Code Napoléon*, dal'art. 543.

perché legati al variare dell'esperienza, e cioè all'ordinamento nel suo vivere e nel suo divenire. Si aggiunga infine che c'è, nel terreno dei diritti reali, una tendenza a lavorare *extra Codicem* o almeno tra le righe del Codice, sfruttando appieno ogni possibilità interpretativa, come dimostrano le considerazioni or ora fatte e come meglio dimostrano le dispute sul tema della superficie (229).

Si profila insomma un quadro in cui i confini tradizionali del *dominium* subiscono una estensione e una elasticizzazione notabili. Il campo semantico della proprietà è costellato di un numero indefinito di figure che si strutturano tutte quali proprietà 'relative', ciascuna costruita in modo 'assoluto' ed 'esclusivo' come si conviene a dei *dominia*, ma la cui assolutezza e la cui esclusività si pongono e non possono non porsi che come una assolutezza ed una esclusività relative.

In questa apparente contraddizione, che sembra incarnare un ridicolo bisticcio concettuale, sta tutta la carica di atipicità della proprietà (o meglio delle proprietà) nella elaborazione della paleocivilistica italiana.

All'estremo di un disinvolto processo di relativizzazione, la nozione di proprietà è l'ombra sfocata non solo del modello metagiuridico, ma anche dello stesso modello giuridico. La tanto predicata assolutezza, serbata formalmente intatta a caratterizzare gli attributi interni al *dominium*, al termine della costruzione giuridica d'una proprietà intimamente divisa, si è cambiata in qualcosa che di assolutezza mantiene soltanto il nome, ma che sostanzialmente significa autonomia.

Il Borsari è, tra i paleocivilisti, quello che ha il merito di fissare chiaramente questa convinzione e forse anche quello di averne una consapevolezza più acuta: «Parliamo dunque della proprietà; la estensione del suo significato si manifesta vieppiù nella rivendicazione. Una cosa può appartenerci nella totalità del diritto o soltanto in parte: la proprietà intera e la perfetta disponibilità, ovvero una

(229) É noto che tutta la seconda metà dell'Ottocento è percorsa dalla questione della ammissibilità nell'ordinamento positivo italiano dell'istituto della superficie, che il Codice mostra di ignorare. Cfr. per tutti N. COVIELLO, *Della superficie considerata anche in rapporto al suolo e al sottosuolo*, Bologna, 1892, p. 101.

proprietà modificata dai diritti altrui, e una disponibiità limitata. Il nudo proprietario, quantunque sia privo per un certo tempo della utilità della cosa: e chi ha un diritto di proprietà a tempo e revocabile, e così diciamo dei casi in cui si abbia un diritto meramente secondario, impresso sulla cosa di un altro, come una servitù, può esercitare il diritto della rivendicazione» (230).

Ponendosi dall'angolo di osservazione della tutela del diritto — quello stesso osservatorio che si era rivelato tanto prezioso per i maestri medievali (231) —, Borsari percepisce in pieno, e accetta, e insegna lo sfaldamento del valore storico del dominio unitario, dominio drasticamente unicizzato, così come la tradizione romanistica e un filone cosiddetto romano porgevano alla coscienza moderna; e prende corpo una nozione di appartenenza, che è una versione estremamente relativizzata del *meum esse*; che è, ridotta all'osso, autonomia di poteri immediati sulla cosa.

Annoterà eloquentemente lo stesso Borsari a proposito della proprietà imperfetta: «fu chiamato dominio imperfetto, e lo è in confronto della proprietà piena e completa; ma imperfetto non è *in parte sua*, e nel modo legittimo della sua esistenza» (232). E il disegno della trama organica e delle sue matrici culturali si delinea nitido: la imperfezione, di cui si parla, è affatto relativa, cioè relativa alla proprietà intera e perfetta, ma in sé la situazione del titolare d'un diritto reale limitato ha una propria *perfectio*, una propria compiutezza. É sì una tessera del mosaico proprietà, ma una tessera completamente autonoma.

Si raccoglie qui il frutto della operazione di distacco e di autonomizzazione degli attributi del *dominium*, cui si è accennato più sopra, e proprietà diventa ogni situazione di autonomia sulla cosa legata a un attributo-elemento primordiale del diritto di proprietà perfetta come l'uso, il godimento, la disposizione; a un attributo-elemento che ci appare come una ragione di proprietà. Per la situazione soggettiva imperfetta — cioè parziale, incompleta,

---

(230) BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 854.

(231) Ci sia consentito di rinviare a GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 144 ss.

(232) Cfr. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 854, nota 1 di p. 153.

limitata —, l'essenziale è la sua autonomia, la sua *perfectio*, che non è *perfectio* rispetto al tutto ma che è *perfectio* della parte in seno al tutto. L'essenziale è l'esistenza di «un diritto reale, proprio, non precario» (233).

Nitido dunque il disegno, ma nitida altresì la derivazione culturale: anche se non sussistessero quei richiami al Gail, al Minsingero, al Menochio, al Mascardo, di cui sono costellate le annotazioni del Borsari, l'influenza del modello medievale è palese. Medievale è infatti, come sappiamo, la riduzione del *dominium* ad autonomia di poteri immediati sulla cosa, e medievale è la detipicizzazione del *dominium* in un fascio di *dominia semiplena*. Il discorso del giurista ottocentesco si muove utilizzando i medesimi moduli interpretativi e pervenendo alle medesime conclusioni d'un commentatore o d'un sistematico dello *jus commune*.

Non fa, per questo, meraviglia, se vediamo generalmente accettata la teoria del dominio diviso già condannata dal Thibaut (234). In fondo, si presentava semplicemente nella veste di «una specie di proprietà imperfetta» (235), applicazione conseguente dell'idea del *multiplex dominium pro diviso*.

É chiaro infatti, come si fa notare, che nella proprietà imperfetta i due proprietari parziali «non sono enti sovrapposti a una stessa proprietà, quasi proprietari in solido o comproprietari indivisi, ma ognuno di essi ritiene una parte del dominio sotto forme del tutto

---

(233) A proposito dell'azione di stabilimento dei termini, afferma BUNIVA, (*Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del regno d'Italia*, cit., p. 110): «il Codice civile accorda ad ogni proprietario il diritto di cui favelliamo: non crediamo che queste parole escludano l'usufruttuario, l'usuario e l'enfiteuta, i quali hanno un diritto reale, proprio, non precario, sul fondo».

(234) Già prima del Codice unitario ne aveva proclamato la legittimità il PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., p. 254. Dopo il Codice, cfr. *exempli causa* PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., lib. III, p. II, n. 342; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 99; FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., vol. X, art. 1556; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. VIII, p. 19 ss.; FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 901 ss. MAJORANA, *Elementi di diritto rurale*, cit., p. 131; SCOTTI, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., vol. II, § 1277; Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 802.

(235) Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 802.

distinte» (236); così come fanno il *dominus utilis* e il *dominus directus* nella sistemazione dei Glossatori e dei Commentatori (237).

La teoria della proprietà divisa mostrava cioè di rientrare perfettamente nell'orditura teorica della proprietà tessuta dalla paleocivilistica italiana (238): erano entrambe filiazioni di una stessa matrice culturale, che, lungi dallo spengersi, aveva continuato a vivere vita lunga e prospera nelle coscienze dei giuristi anche assai dopo i clamori e gli entusiasmi rivoluzionari. E vita lunga avrà per tutto l'Ottocento, in mezzo a molti dissensi, tra lo scherno e la sufficienza dei neoterici, lo schema del dominio diviso, soprattutto nella consueta applicazione dell'enfiteusi (239).

---

(236) BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 927. Questo vuol sottolineare, su di un piano generale, Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 640), quando insegna che «dall'essere assoluto ed esclusivo il diritto di proprietà, derivasi ancora un'altra conseguenza: ed è che tale diritto non può esistere contemporaneamente *in solido* presso due o più persone sopra una medesima cosa, in guisa che ciascuna di quelle persone sia nello stesso tempo proprietaria di tutta la cosa». *A contrario* si può ipotizzare la compresenza di più proprietari, nello stesso tempo, su elementi della stessa cosa: il che è precisamente il caso della proprietà imperfetta e quindi del dominio diviso.

(237) Sulla autonomia proprietaria sia del *dominus utilis* che del *dominus directus*, cfr. PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., p. 254.

(238) E infatti si è ben lungi dal vedervi lo *Unding* di thibautiana memoria. Anzi, di fronte alla convinzione «che essa ripugni ai principii razionali pel dualismo di dominio che induce», si risponde che «non esiste sostanzialmente questa decisa ripugnanza ai principii razionali del diritto nella costituzione di due dominii, che caratterizzano l'enfiteusi, l'uno diretto e l'altro utile ... Il dualismo d'altronde era inevitabile, e sorgeva *rebus ipsis dictantibus ac humanis necessitatibus*» (FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., vol. X, art. 1556).

(239) Malgrado che, sulle orme di Thibaut, il De Crescenzio, romanista legatissimo alla scuola tedesca, deprecasse, nel 1876: «in Italia siamo rimasti tenacemente attaccati a quella dottrina, ma la scienza l'ha inesorabilmente condannata» (cfr. N. DE CRESCENZIO, *Della indivisibilità del canone enfiteutico secondo l'antico e il moderno diritto*, in *Il Filangieri*, I (1876), p. 740), troviamo a fine secolo trattatisti che la ripropongono tranquillamente e consapevolmente, affermando: «le denominazioni di dominio diretto e di dominio utile ... divennero comuni nel linguaggio giuridico. Ciò dimostrava che l'idea di cui quelle parole erano la espressione stava nella coscienza di tutti e rispondeva alla realtà delle cose» (F. PERNA, *L'enfiteusi nel diritto antico e moderno*, Napoli, 1892, p. 229). Una sorta di *status quaestionis* è offerto da A. DE ROSA, *L'enfiteusi, tanto pel diritto romano che per le ab. ll. cc. napoletane, e più ancora pel cod. civ. ital. rappresenta due dominii «pro diviso»: opinioni contrarie del Fulci e del Colamarino; del Mirabelli, del De*

III. *Nuovi itinerari di ricerca.*

1. Condotta a termine l'analisi delle linee portanti della costruzione giuridica paleocivilistica, il nostro compito potrebbe dirsi esaurito. Seguire l'ulteriore itinerario storico percorso dalla dottrina italiana in tema di proprietà significherebbe individuare e ricomporre quel filo autonomo di pensiero che, nascendo nel momento in cui i paleocivilisti compivano la loro sistemazione, aveva sin dall'origine assunto un atteggiamento polemico con quella sistemazione e l'aveva sempre serbato nel corso d'una vitale esistenza attraverso gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi del Novecento. Seguire oltre la civilistica italiana significherebbe cioè imboccare un nuovo indirizzo di ricerca, che si fonda su scelte teoriche profondamente diverse e che le porta innanzi fino ad arrivare alle soglie della dottrina contemporanea.

Il che né vogliamo né possiamo fare in questa sede. Le pagine che seguono invece saranno destinate al fine più modesto ed elementare di cogliere la crisi della sistemazione paleocivilistica in alcune significative testimonianze e, insieme, la prima emersione dei nuovi valori. In tal modo la definizione storica della paleocivilistica italiana può dirsi operata più compiutamente.

La dottrina di cui ci siamo occupati finora affonda, come abbiamo visto, le sue radici nel clima preunitario, si sviluppa ampiamente fra gli anni Sessanta e Ottanta, continua a prosperare per inerzia dopo gli anni Ottanta e giunge ad avere autorevoli, limpide, consapevoli propaggini nell'estremo scorcio del secolo; come già sappiamo, appare nel 1895 il volume sulla proprietà del maestoso 'Corso' di Francesco Saverio Bianchi, ed è una voce nitida e ferma, senza un'inflessione, senza una stonatura.

Quaranta anni di vita sono tuttavia parecchi per una riflessione concernente un tema tanto scottante e tanto legato ai mutamenti del regime politico e della stessa società civile come l'appropriazione dei beni; né è pensabile che una costruzione teorica resti inalterata in un quarantennio di profonda evoluzione del modello economico-so-

---

Crescenzio e del Laurent, in *Il Filangieri*, XXVI (1901), che, ancora ai primi anni del Novecento, in un saggio modestissimo, riafferma la dottrina sotto l'usbergo della difesa filosofica fattane quasi settanta anni prima dal Rosmini.

ciale di proprietà e di profonda incidenza di sempre più numerosi interventi legislativi nel territorio abbastanza inviolato del *dominium*. É ovvio che, nel corso di questo cammino, il panorama dottrinale si faccia, da compatto, sempre più variato e che, all'interno del coro, si faccia sempre più sentire qualche voce isolata, con un timbro proprio. Saranno voci di incertezza denotante una complessa sensibilità, e perciò voci di crisi situate sullo spartiacque tra vecchia scuola e nuove istanze; saranno voci di aperto dissenso, di disconoscimento dei vecchi valori culturali, sempre più tendenti a costituire una coralità contrapposta, e perciò già situate nel percorso nuovo e diverso che ora prende forma e di cui or ora si parlava. Alle prime vogliamo dedicare un pò d'attenzione in questo capitolo, riservandoci qualche accenno alle seconde nei due capitoli che seguiranno.

Tralasciamo gli accenni critici immotivati che ci è dato trovare in taluni personaggi d'innegabile modestia ([240]) e spendiamo invece qualche parola su due personaggi di rilievo che si collocano esattamente nella delicata zona di transizione fra vecchio e nuovo: Ferdinando Bianchi e Paolo Emilio Bensa, il Bensa così come ci appare dal suo corso senese sulle servitù prediali, che è del 1899.

Ferdinando Bianchi, figlio di Francesco Saverio, giurista dotato di buona cultura e di buona tecnica nonché di una certa attenzione per il metagiuridico ([241]), scrive nel 1888 un libro sulle servitù legali, che rappresenta, come vedremo, un momento di qualche rispetto nell'evolversi della teoria delle limitazioni della proprietà ([242]). É in

---

([240]) Com'è quel Giovanni Lomonaco (1848-1912), che abbiamo già ricordato e dovremo ancora ricordare per un suo studio assai noto su 'i temperamenti della proprietà prediale' (cfr. p. 507 e p. 556). Egli respinge come inesatta la qualificazione della servitù come smembramento della proprietà (G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, 1894 [2], vol. III, p. 247), però sembra raccoglierne il presupposto. Più sopra (*ibidem*, p. 203) aveva infatti affermato che «non ripugna all'essenza della proprietà il trasferimento in favore d'una persona diversa dal proprietario, di uno dei diritti che abitualmente, normalmente, ineriscono al dominio». La 'inesattezza' della nozione di smembramento appare pertanto immotivata. Le 'Istituzioni' di Lomonaco, di cui si è qui usata la seconda edizione, sono stampate per la prima volta a Napoli nel 1883-84.

([241]) Su Ferdinando Bianchi (1854-1896) una insoddisfacente biografia redazionale è in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. X, Roma, 1968, p. 83.

([242]) Il volume, cui si allude nel testo, è il *Trattato delle servitù legali nel diritto*

questo libro che affiora un preciso disagio per la dottrina dello 'smembramento' nella sua formulazione tradizionale, cioè come geminazione dell'*unum dominium* in due proprietà imperfette.

Per Bianchi può anche essere accolta la nozione di 'smembramento', «nel senso che qualcuno degli elementi o attributi giuridici della proprietà venga staccato dal fondo servente e ricongiunto al fondo dominante» (243), a condizione però che non si deduca da questo distacco la genesi di due *dominia minus plena*, di due proprietà modificate. Il distacco, se genera una imperfezione nel rapporto dominativo, la genera nella situazione del titolare del fondo servente, che è e resta proprietario unico della cosa, sia pure con una diminuzione patrimoniale. Il proprietario del fondo dominante non avrà sulla cosa gravata alcun rapporto dominativo neppure parziale, ma soltanto «un diritto speciale», come si conviene a chi «è investito di un particolare diritto» (244).

Con qualche incertezza, dietro una accettazione formale della nozione di smembramento, emerge qui quella contrapposizione tra proprietà quale signoria generale e *jus in re aliena* quale signoria determinata e particolare, che i tedeschi avevano messo fortemente in luce e che i filoni neoterici stavano portando avanti con decisione. Ferdinando Bianchi, sicuro nelle sue saldezze romanistiche e nella sua eccellente conoscenza della riflessione germanica, registra la nuova acquisizione dottrinale, senza rotture clamorose, dando delle dottrine vecchie e nuove una empiricissima applicazione mediativa (245), di-

---

civile italiano, vol. I. *Teoria generale*, Lanciano, 1888. Questo libro era stato preceduto da un saggio su *I limiti legali della proprietà nel diritto civile*, Macerata, 1885, poi trasfuso nella più ampia opera successiva.

(243) Ferdinando BIANCHI, *Trattato delle servitù legali*, cit., p. 164.

(244) *Op. ult. cit.*, pp. 164-65.

(245) A Bianchi «sembra che la vecchia e nuova dottrina pecchino amendue per eccesso, pretendendo fissare massime assolute, applicabili ugualmente ad enti varii e multiformi nel loro oggetto; cioè ponendosi dinanzi una servitù, tipo astratto e generale, invece di considerarne in concreto le singole e differenti forme» (p. 165). La sua soluzione è che talune servitù — ad esempio, quelle negative — non possano essere considerate smembramenti estrinsecandosi in una mera astensione del proprietario del fondo servente, mentre lo possono certe servitù — quali i diritti d'uso e di passaggio —, in cui si opera una sostituzione del titolare del fondo dominante in attributi specifici del *dominium* del fondo servente.

mostrando soltanto di essere seduto a un difficile spartiacque culturale e tecnico (246).

Al centro di questo stesso spartiacque, al centro di un palese conflitto di influenze, ci appare la tecnicamente tormentata testimonianza offertaci dal Bensa nel suo corso senese (247).

Qui la lezione dei tedeschi è forte, e traspare dalla netta esigenza — che intimamente pervade tutto il corso — di una costruzione giuridica teoreticamente robusta; ma la scelta del giurista non è netta.

Ne deriva un libro interessante più sul piano storico che su quello teorico; un libro che può essere assunto come l'estremo tentativo di saldare, alle soglie del nuovo secolo, le conclusioni paleocivilistiche con le nuove sistemazioni che muovono dagli ultimi pandettisti. Il rinvio a due modelli di proprietà è evidente quando, mentre si parla generalmente del *dominium* come «collettività» e somma di diritti (248), emerge talora un richiamo — di pretta marca neoterica — a «la totalità delle potestà giuridiche, che possono spettare alla persona sulla cosa» (249), dove totalità è il completo superamento delle individualità delle singole situazioni all'interno della proprietà.

Non v'è dubbio che il filone portante cui Bensa concettualmente fa capo è quello paleocivilistico. La nozione della servitù come «smembramento della proprietà» non è passivamente subìta, ma accolta con lucida consapevolezza; e, anche se ne vengono rifiutate indebite esasperazioni (250), le obbiezioni di Windscheid imperniate sulla diversità strutturale fra *dominium* e *iura in re aliena* sono respinte sulla base di autorità accuratamente scelte nella più risalente letteratura tedesca, di testi romani 'correttamente' interpretati, nonché di una tradizione cui il civilista genovese non si sente di

---

(246) Bianchi espone preliminarmente, con estrema chiarezza, le due posizioni e le loro motivazioni tecniche (cfr. pp. 162-63).

(247) Paolo Emilio BENSA, *Delle servitù prediali* - Lezioni raccolte dallo studente Giuseppe Amadeo, Siena, 1899. Un cenno sulla rilevanza di questo 'corso' può trovarsi in R. LUZZATTO, *Paolo Emilio Bensa scrittore e maestro*, saggio che risale all'anno della morte di Bensa (1928), ma che è ora comodamente riprodotto in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, p. 31.

(248) BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., pp. 9-10.

(249) BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., p. I.

(250) BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., pp. 6-7.

rinunciare e che, secondo lui, è stata ricevuta nel sistema della Codificazione (251): «laonde a noi par vera la formola del Bachofen (252), il quale a proposito dell'usufrutto, in cui realmente meglio risultano in contrapposto i concetti comuni di nuda proprietà e di proprietà piena, parte dal concetto che il diritto integrale di proprietà si può considerare come cumulativamente esercitato dal proprietario e da tutti i titolari dei diritti reali frazionari della proprietà. Ciò potrà parere alcuna volta urtante, ma è fuor di dubbio che, sommando il diritto di proprietà quale è all'atto esercitabile dal proprietario, con tutti gli altri diritti reali frazionari appartenenti a' terzi sul fondo stesso, non può ottenersi un risultato che superi il diritto di proprietà assolutamente libero e pieno» (253). E si insiste sul fatto che, costituendo sulla cosa propria un diritto reale a favore di terzi, «questa figura nuova ha nel suo contenuto null'altro che una porzione del contenuto della figura preesistente della proprietà piena ed assoluta» (254).

Sin qui lo svolgimento della ricerca del giurista ha una sua limpida coerenza, e ci si aspetterebbe la conclusione tendente ad assimilare lo *ius in re aliena* ad una sorta di proprietà imperfetta. Ma non è così: tradendo la sua sensibilità al richiamo delle recenti impostazioni della dottrina germanica, l'annotatore di Windscheid si arresta esitante quasi al momento di trarre la debita conclusione di tutto il suo discorso; e lo *ius in re aliena*, pur riconosciuto parte distaccata della situazione dominativa, vede tanto disconosciuta la sua struttura proprietaria da essere ridotto a un'entità non soltanto differente, ma contrapposta e antitetica al *dominium*.

La diversità meramente quantitativa, unica conseguenza logicamente coerente dei presupposti paleocivilistici della proprietà come

---

(251) Interessante il riferimento alla sistematica del Codice, perché riprende notazioni già da noi fatte al § 2 della Prima Parte di questo lavoro: «il Codice nostro d'altra parte tratta delle servitù sotto il titolo generale 'Delle modificazioni della proprietà', modificazioni che naturalmente debbono intendersi tanto in senso passivo quanto in senso attivo: esso quindi pare che tenda ad affermare il concetto tradizionale» (BENSA, *op. cit.*, p. 8).

(252) Espressa dal giureconsulto tedesco, nel 1847, in *Das römische Pfandrecht* (Basel, 1847), I, p. 97 ss.

(253) BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., p. 9.

(254) *Loc. ult. cit.*

diritto complesso e della servitù come frazione di esso, viene smentita per le trame di un filo di pensiero tenue e contorto, di cui non riusciamo ad apprezzare il contenuto logico, ma di cui rispettiamo il messaggio storico; quello d'un indagatore seduto ad un bivio, profondamente diviso fra correnti di senso opposto.

Ecco la per noi insoddisfacente soluzione bensiana: «se il diritto reale frazionario può ed anzi deve inizialmente considerarsi contenuto nella collettività della proprietà, uscendone diventa un diritto *sui generis*, ed invece di essere come per lo innanzi coordinato a tutte le altre facoltà della universalità, si trova ora in qualche modo ad esservi contrapposto. In tal modo questi due atteggiamenti giuridici d'una facoltà d'identico contenuto, riescono ad essere, non soltanto differenti, ma anche antitetici» (255). Per colui che aveva, qualche pagina prima, sostenuto contro Windscheid l'identificazione fra costituzione di uno *ius in re aliena* e traslazione parcellare del diritto di proprietà, è soluzione che ci appare logicamente indebita.

Né si può tacere la sua sostanziale apoditticità; tutto vi è immotivato. L'unica effettiva motivazione è nel trasparente disagio, nel grosso imbarazzo dell'ultima frase, dove l'onestà intellettuale dello scrittore non riesce a vanificare del tutto il carattere sorprendente della trasformazione di due situazioni dall'identico contenuto qualitativo in situazioni addirittura antitetiche.

2. Ferdinando Bianchi e Paolo Emilio Bensa sono dunque testimonianze particolari ma significative della crisi che investe dall'interno la paleocivilistica; ed è crisi di metodo, declino di certi modelli culturali, apertura della scienza giuridica italiana a un gioco più vario e complesso di influenze che non quello rappresentato dal solito Pothier e dalla solita letteratura esegetica francese. Qualcosa si sgretola per troppa consunzione, e qualcosa di nuovo si insinua con la forza imperiosa e la carica vitale proprie a ogni movimento innovatore; può generare — in giuristi legati, in parte, ai vecchi schemi, come appunto il Bianchi e il Bensa — dubbi, contraddizioni, disarmonie, ma può anche sollecitare tutta una generazione di giureconsulti a voltar decisamente pagina, a ripudiare sdegnosa-

(255) BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., pp. 9-10.

mente la tradizione peninsulare in nome d'una visione rinnovata del problema.

É quanto avviene nella civilistica italiana all'incirca intorno agli anni Ottanta.

É in quel torno di tempo infatti che un vecchio seme già da qualche lustro lanciato comincia a dare dei frutti vistosi. L'attingimento alle fonti tedesche, la scoperta del pianeta culturale germanico, che prima era un fatto singolare e privato legato alle predilezioni d'un singolo studioso, diventa il manifesto pubblico d'una corrente, il fondamento programmatico che caratterizza non più questa o quella voce, ma — per riprendere l'immagine precedentemente usata — una ampia e compatta, sempre più ampia e sempre più compatta, realtà corale, che mina alla base la paleocivilistica e tenta di sostituirvisi.

Il filogermanismo della cultura giuridica italiana degli anni Ottanta — sul quale ci siamo soffermati in altra occasione (256) — è circostanza nota ed a carattere generale; pervade tutta la riflessione nelle varie branche del diritto, e va ben oltre i confini stessi del giuridico per investire tutte le scienze sociali ed 'umane'. Certo è che nel ristretto campo della civilistica ha un corso e degli atteggiamenti particolari, che conviene qui ripetere a noi stessi.

Per la quieta e laboriosissima esistenza del vecchio giurista che analizza il Codice civile unitario forte dei comprovati strumenti della minuziosa esegesi francese, gli anni Ottanta rappresentano uno scossone violento e sgradevole. L'apertura a nuovi valori metodici, che era chiara nella riflessione romanistico-civilistica di un De Crescenzio (257) e di un Bellavite (258), diventa la convinzione che occorre scrollarsi di dosso l'armamentario corrente, cominciare a

---

(256) Cfr. P. Grossi, *'Un altro modo di possedere' - L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 203 ss.

(257) Nicola De Crescenzio (1822-1895), per molti anni professore di diritto romano alla Università di Napoli, «volgarizza nel *Sistema di diritto civile romano* — come ben disse Alfredo Rocco in un suo felice sguardo retrospettivo della scienza privatistica post-unitaria — i migliori risultati della scienza tedesca» e contribuisce non poco ad incrementarne la diffusione in Italia. La citazione è da A. Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Rivista del diritto commerciale*, IX (1911), p. 289.

(258) Su Luigi Bellavite, cfr. più avanti a p. 557.

reimpostare il problema del metodo, mettere a fuoco in modo sensibilmente diverso gli occhiali dell'operatore culturale del diritto.

Una polemica di fondo si va scoprendo contro la tradizione che si era appena consolidata nella penisola, non virulenta, non acre, ma vivacissima e accesa come ogni polemica che si appunti specialmente sul metodo. E di metodo i civilisti parleranno a usura per un intero decennio: che si apre coi saggi metodologici di Vadalà Papale ([259]), di Gianturco ([260]), di Cimbali ([261]), con la prolusione riflessiva di Chironi ([262]) — che sono tutti dell'81 — e si chiude con la prelezione camerte di Vincenzo Simoncelli, dell'89, affatto incentrata su «le presenti difficoltà della scienza del diritto civile» ([263]). Voci varie di personalità varie, ma tutte collaboranti variamente a un fine di rinnovamente del discorso dei giuristi.

Lasciamo da parte le voci ispirate al più puro positivismo evoluzionista, che, come quella di Vadalà, propugnano una larghissima immissione di 'certezze' naturalistiche nell'orto conchiuso della scienza giuridica e che non sono che voci di disturbo per il crescere della scienza civilistica ([264]), e limitiamoci ad un breve esame di

---

([259]) G. VADALÀ PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, 1881.

([260]) E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, 1947. Il saggio fu originariamente pubblicato sulla rivista napoletana 'Il Filangieri', nell'anno 1881.

([261]) E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni*, ora in *Opere complete* di E. C., III. *Studi di diritto civile*, Torino, 1900 [2]. Il saggio costituisce la prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881, e pubblicata originariamente in Roma, nello stesso anno, per cura dell'autore.

([262]) G. P. CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, ora in *Studi e questioni di diritto civile*, volume I. *Parte generale - Parte speciale, Diritti reali*, Torino, 1915. È il testo della prolusione al corso di Diritto civile letta presso l'Università di Siena nel dicembre del 1881. Chironi tornerà espressamente sul problema del metodo tre anni dopo nella importante prefazione alla prima edizione del suo volume sulla colpa civile. Tale prefazione, non più riprodotta nella seconda edizione, è invece pubblicata autonomamente col titolo *Il «Metodo» nello studio del diritto civile a proposito di un lavoro sulla Colpa*, in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, cit.

([263]) V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, ora in *Scritti giuridici*, volume primo, Roma, 1938. Si tratta del discorso letto, per l'inaugurazione dell'anno accademico 1889-90, nell'Università di Camerino, il 17 novembre 1889 e pubblicato l'anno di poi a Camerino.

([264]) Sia le voci degli evoluzionisti, sia quelle dei cosiddetti 'socialisti' — due qualificazioni che spesso, nella sostanza, esprimevano una effettiva coincidenza — sono

quelle testimonianze, che, muovendosi all'interno della cultura giuridica, si ingegnano di sostituire nuovi valori culturali e tecnici a quelli tradizionali e che, per questa loro posizione, sono in condizione di poter maggiormente incidere sul divenire della civilistica italiana.

Il loro coro è unanime: dalla profonda insoddisfazione per il tessuto culturale dei francesi, ormai asfittico per la giovane scuola italiana, nasce l'esigenza di nuovi modelli e nuovi strumenti; dalla vacuità delle prolisse, particolaristiche analisi dei francesi, si passa all'esigenza di costruzioni più organiche, di impianti più sistematici.

L'idea centrale, il denominatore comune, sotto cui si raccolgono e in cui concordano senza riserva i neocivilisti è l'istanza di una teorizzazione più raffinata, che ponga fine alla diaspora esegetica rivelatasi ormai del tutto inane e che ponga mano alla strutturazione del sistema.

L'ansia del sistema domina questa saggistica, coagula tutte le energie, unifica i fini sparsi. Deponendo l'umiltà che aveva condotto il giurista a guardare al caso singolo, al singolo frammento, al singolo articolo, il civilista avverte la necessità di dover guardare ai nessi, alle strutture, alle fondazioni e sente in se stesso la sicurezza di costruire validamente il discorso onnicomprensivo, l'architettura pensata in cui raccogliere e coordinare frammenti e particole dell'esperienza (265).

Guardando molto innanzi di fronte a sé, con un linguaggio tra il profetico e il retorico, il giovanissimo Chironi, nell'atto di occupare la sua cattedra senese, poteva, in quell'anno 1881 così gremito di fatti coincidenti, enunciare un programma e una speranza, non soltanto suoi ma dell'intera sua generazione: «avremo allora un sistema vero di diritto civile italiano: e vi avremo quella parte cha va sotto il nome di 'parte generale', e che è il lavoro più serio, più

---

di un rilievo estremamente minore per la storia del dibattito tecnico-culturale interno alla civilistica italiana.

(265) Lamentando che «il sistema del diritto civile è ancora di là da venire», Emanuele Gianturco incentra tutto il suo saggio sulla esigenza di un rapido avvio della sua costruzione (cfr. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, cit., soprattutto pp. 7 e 11). Lo stesso fine è presente in CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, cit., pp. 23-24, dove si unisce l'esigenza di un solido lavoro preparatorio a livello monografico sui singoli istituti.

difficile cui possa un giurista accingersi; lavoro che è la sintesi coordinata di tutti i principii cui i diversi istituti giuridici s'informano» (266). Il tempo della costruzione del sistema non sembrava ancora attuale al distinto civilista sardo; attuale, pressante, era l'esigenza di porvi mano, la disponibilità a rimboccarsi le maniche ed iniziare ad apprendere una lezione che valesse a rompere la comoda crisalide in cui il civilista italiano si rannicchiava da anni a lavorare.

Una simile lezione non poteva venire dai francesi. Quel che non avevan potuto insegnare lo si vedeva nei risultati della paleocivilistica, che ai francesi aveva sempre guardato; risultati scarsi, per buona parte negativi secondo la valutazione polemica dei giovani neoterici. Con la antistoricità propria di ogni visione dell'immediato passato, essi non colgono i valori costruttivi di quei primi artigiani post-unitari che avevano edificato pressoché dal nulla il diritto civile italiano; vogliono sbarazzarsi del materiale da essi accumulato e dei loro metodi come di una eredità dannosa, ricominciando da capo il grosso impegno elaborativo.

Da qui, il ripudio dei francesi e l'attenzione verso i tedeschi; da qui, l'attacco verso la scuola francese che «ci dà la *pratica* del Codice civile» (267) e l'ammirazione verso la riflessione germanica che, «adottando il procedimento d'investigazione critica e di esposizione dommatica che ha ridato vita agli studi del diritto romano» (268), è pervenuta alla delineazione di una teoria generale di impianto rigorosamente dogmatico, nella quale il giuridico si era liberato e depurato di quel cumulo di scorie fattuali particolari verso cui il giurista non deve avere che un interesse minimo (269).

---

(266) CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, cit., p. 47.

(267) CHIRONI, *Il «Metodo» nello studio del diritto civile*, cit., p. 8.

(268) CHIRONI, *Il «Metodo» nello studio del diritto civile*, cit., p. 9.

(269) É il tema centrale della prelezione camerte di Vincenzo Simoncelli, secondo cui «compito speciale degli studiosi vorrebbe proprio essere questo, di liberare la scienza del diritto civile da quel che non è strettamente giuridico» (SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p; 418); e «attendere a fissare i concetti giuridici, in base alla loro storia ed alla loro posizione logica di fronte a tutto il sistema, è dunque l'essenza della scienza del diritto civile» (*ibidem*, p. 428). In Simoncelli, innamorato e competente indagatore della storia giuridica italiana, la naturale tendenza a concettualizzare è sempre temperata dall'attenzione per la dimensione storica degli istituti. La storia però ha un valore strumentale; serve a fondare i concetti, a evitare di

Il prestigio dei tedeschi è tutto consegnato all'*allgemeiner Theil der Zivilrechtslehre*, in cui la metafisica del diritto propria dell'idealismo giuridico tedesco si sposava perfettamente con gli strumenti tecnici del diritto romano (270). E ha inizio in Italia, esattamente con le premesse e gli scopi ora ricordati, quella singolare fusione tra dommatica civilistica e dommatica romanistica, che accompagnerà i civilisti italiani per buona parte del Novecento, incidendo profondamente sul loro costume intellettuale, irrobustendolo per un verso, deformandolo per un altro.

D'ora in avanti, il richiamo al 'romano' come al *naturaliter optimum*, il discrimine fra ciò che è 'romano' e ciò che non lo è, il privilegio accordato senza riserva al 'romano', domineranno incontrastati. In base a questi presupposti il civilista parlerà di diritto romano più che di scelte civilistiche autonome e cumulerà in sé quali funzioni complementari le dimensioni del privatista e del romanista.

---

costruirli a vuoto. Tutta la prelezione è infatti dominata da una sentitissma esigenza di costruzione giuridica (v. soprattutto p. 427) e di rivalutazione dei *Begriffe* che la sorreggono; *Begriffe* non identificabili in mere esercitazioni di logica formale, ma in sistemazioni dell'esperienza, in un tentativo di estrarre da essa linee logiche generali.

(270) Sulla esigenza di una 'parte generale' che torreggi su tutto il sistema civilistico, cfr. soprattutto CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, cit. p. 47. Ma si veda anche la pagina di GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, cit., p. 8, in cui Giuseppe Unger, sistematore della riflessione civilistica sul Codice austriaco, viene assunto a modello proprio perché autore di una 'parte generale' premessa alle linee del sistema. Sullo Unger, il cui nome corre frequente fra i neoterici, cfr. H. LENTZE, *Joseph Unger - Leben und Werk*, in *Festschrift zum 70. Geburstag von F. Arnold*, Wien, 1963 (*Kirche und Recht - Beihefte zum österreichischen Archiv für Kirchenrecht*, 4).

Una corposa 'parte generale' è prevista nel 'Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano' che il romanista Giuseppe Brini pubblica, nel 1881, sull'"Archivio giuridico'. Su questa esigenza di costruzione d'una 'parte generale', che percorre buona parte della riflessione pandettistica, si può vedere, da ultimo, la penetrante puntualizzazione di G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa - Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, I, Firenze, 1977, p. 47. Sulla funzione fondante del diritto romano e delle sue tecniche per la costruzione pandettistica di una teoria generale del diritto privato, cfr. le buone indicazioni di W. WILHELM, *Das Recht im römischen Recht*, in *Jherings Erbe - Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*, hrsg. von F. Wieacker und C. Wollschläger, Göttingen, 1970 (*Abhandl. der Akad. der Wissensch. in Göttingen - Phil. - Hist. Klasse*, F. 3, Nr. 75), p. 228 ss.

Si è insomma imboccato la strada che, nel territorio dei diritti reali, approderà a due trattazioni sotto questo profilo esemplari, anche se esprimenti parossisticamente l'indirizzo metodologico loro proprio: i due volumi di Biagio Brugi sulla proprietà (che sono del 1911) e il volume di Contardo Ferrini sulle servitù risalente ai primi anni del Novecento (271). Due romanisti impegnati a fare scienza del diritto civile.

Un quesito affiora però alla mente dello storico: quale diritto romano? che puntualità storiografica ha questo riferimento? É facile rispondere: un diritto romano sempre più sorpreso come testimonianza metastorica, da cui viene espunta quasi ogni influenza della tradizione medievale, sostanzialmente immobilizzato nella cristallizzazione classico-giustinianea con la sola aggiunta di non pochi condimenti umanistici e giusnaturalistici. In altre parole, il diritto romano della manifestazione pandettistica.

Se ci siamo dilungati e abbiamo tanto insistito su questa nuova attenzione verso i maestri germanici e sul radicale mutamento nelle fonti d'ispirazione della nostra civilistica, è perché si concretava in questo atteggiamento un fatto di straordinaria portata per il divenire della teorica della proprietà e dei diritti reali. Mentre la letteratura francese sembrava caratterizzata anche nella sua maturità e nel suo declino da un orientamento costante — e lo dimostra l'insegnamento di un autorevolissimo epigono, il Laurent, che ripete le stesse certezze di Delvincourt, di Proudhon e di Demolombe (272) —, nell'ambito della riflessione pandettistica, nel corso del suo pieno sviluppo, all'incirca agli inizii della seconda metà del secolo, si stava invece conducendo una grossa operazione, di notevole rilievo culturale ed anche ideologico, proprio in tema di proprietà. Far capo ai tedeschi da parte della neocivilistica italiana significava quindi prendere atto del nuovo messaggio, alla cui elaborazione la più autorevole pandettistica era totalmente impegnata.

---

(271) Per i volumi di Brugi (già da noi citati; v. p. 521, nota 186), cfr. più avanti nel testo, a p. 565. Il lavoro di Ferrini è in C. FERRINI - G. PULVIRENTI, *Delle servitù prediali*, volume primo, Napoli-Torino, 1908 (da p. 373 la trattazione di Ferrini si interrompe, e inizia quella di Pulvirenti).

(272) Per questo, Laurent viene attaccato da GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, cit., p. 7.

L'operazione, cui ora si accennava, era la più alta e delicata operazione di costruzione giuridica sul *dominium* che si potesse pensare. Quando dicevamo più sopra, all'inizio di questo lavoro, che sarebbero occorsi quasi cento anni perché alle premesse politiche e culturali dei manifesti ottantanovardi potesse conseguire e corrispondere sul piano giuridico una misura coerente di proprietà, pensavamo proprio alla quasi mancata risposta della dottrina e della legislazione della prima metà dell'Ottocento, ma pensavamo anche all'unica risposta appropriata: quella che la pandettistica della splendida maturità avrebbe dato con coerenza e consapevolezza, superando le incertezze che pur c'erano state ed erano ancora presenti nella letteratura tedesca (273).

Finalmente, una riflessione scientifica traduceva in termini giuridici il modello culturale dell'individualismo possessivo; finalmente poneva mano alla tanto attesa e mai realizzata costruzione del nuovo modello giuridico di proprietà. E questo si ha, quando un filone dottrinale, con ferma e lucida deliberazione, mette da parte gli schemi tradizionali della proprietà come diritto complesso e del diritto reale su cosa altrui come diritto frazionario. Da quegli schemi erano discese armonicamente e coerentemente le conclusioni paleocivilistiche sulla proprietà imperfetta; se si volevano evitare cotali conclusioni, che portavano a una reviviscenza del vecchio modello medievale, occorreva operare una *sanatio in radice*, rivedendo nei suoi fondamenti tutta la dottrina del *dominium*.

É in questo senso che si consolida la teoria della proprietà come «totale Herrschaft auf eine Sache». La maturazione dell'idea di proprietà quale totalità di poteri sulla cosa — come ha ben mostrato in un suo utile recentissimo saggio Wolfgang Wiegand (274) — impegna la dottrina tedesca da Puchta in avanti, e segna la presa di coscienza d'una corrente di pensiero che intende affrettare la defi-

---

(273) Vedine una traccia nel celebrato manuale di L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, München, 1868 [6], § 175. Su tutta la materia della proprietà nell'evoluzione della dottrina tedesca dell'Ottocento si può ora vedere la sintesi di D. SCHWAB, *Eigentum*, in *Geschichtliche Grundbegriffe - Historisches Lexicon zur politische-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, B. 2., Stuttgart, 1975.

(274) WIEGAND, *Zur theorethischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, cit., p. 139 ss.

nizione d'un modello tecnico-giuridico di *dominium* congeniale al modello etico-politico circolante nella cultura dell'individualismo. Qui totalità non equivale a somma di situazioni — come abbiam visto avvenire talora in certo uso fatto del termine da parte dei paleocivilisti —, ma sintesi di esse, perfetto specchio verso il mondo delle cose della unità sintetica del soggetto proprietario. Anzi, la proprietà viene idealisticamente tanto vincolata al soggetto, da immedesimarsi con la sua stessa personalità e divenire nulla più che «der materiell-befugte Wille des subjektiven Individuums in Betreff des Sachindividuums» (275).

Si carpisce così il segreto del *dominium*, questo misterioso potere espansivo del *me* sulle cose, apparentemente tutto proiettato nella realtà esterna ma facente capo nelle più intime scaturigini del soggetto; e si scopre, accanto alla dimensione esteriore, quella che efficacemente Leist chiama «die innerliche Seite des Eigenthumsgrundes» (276).

Dirà il lettore che fin qui v'è perfetta coincidenza col punto d'avvio della paleocivilistica, tutta protesa a colorire d'assolutezza e illimitatezza il modello intrasoggettivo di *dominium*, prima proprietà e calco di tutte le proprietà. E questo è indubitatamente vero. Il distacco fra pandettisti e paleocivilisti si registra però insanabile nel momento in cui si giunge a trarre le conseguenze di una tale premessa.

Mentre infatti il paleocivilista italiano deve compiere una complessa operazione di forzatura per conciliare la premessa con l'idea di frazionabilità del *dominium* e risalire la difficoltà rappresentata dalla premessa medesima, il pandettista — espressione più genuina della cultura giuridica dell'individualismo (277) — costruisce il suo

---

(275) B. W. LEIST, *Ueber die Natur des Eigenthums*, Jena, 1859 (*Civilistiche Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse*, H. 3.), p. 56 e p. 59. Ribadisce altrove, efficacissimamente, Leist che, nella proprietà «das Subject die Sache sich erarbeitet hat, dass es sie nicht bloss ergriffen (das begründet nur Besitz), sondern ihrer Substanz nach mit sich identificirt hat» (*ibidem*, p. 57). Burkard Wilhelm Leist (1819-1906), allievo di Thibaut, professore a Basel, a Rostock e a Jena, offre, col suo saggio del 1859, la testimonianza più esasperata delle scelte metodiche della matura pandettistica.

(276) LEIST, *Ueber die Natur des Eigenthums*, cit., p. 59.

(277) Su questa consonanza tra costruzione giuridica pandettistica e assetto economico individualistico si possono leggere con profitto alcuni saggi di Franz WIEA-

sistema in minuziosa coerenza con le sue fondazioni prime: all'idea tradizionale della proprietà come diritto complesso contrappone quella che ne mette in evidenza la semplicità come carattere essenziale di ogni stato — esterno e interno — della sua vita, identificandola con «das einfachste unmittelbarste Verhältniss der wollenden Person» (278). All'idea della sua struttura composita contrappone quella della sua straordinaria compattezza, della sua imprescindibile *Einheit* (279). La proprietà, o è l'*unum dominium*, o non è; inscindibile come l'unità del soggetto proprietario.

Della sua unità e semplicità, dal suo essere un potere totale, consegue per la proprietà la sua astrattezza (280), la sua indeterminatezza. Parlar di totalità vuole infatti dire insofferenza a partizioni,

---

CKER: *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (a. 1953); *Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsornungen* (a, 1960); *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution* (a. 1966); *Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher* (a. 1970), ora raccolti in F. W., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Kronberg, 1975.

(278) E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1855, p. 6.

(279) «Es lassen sich ferner einzelne Befugnisse namhaft machen, welche dem Eigenthümer kraft des Begriffs des Eigenthums zustehen ... aber man darf nicht sagen, dass das Eigenthum aus einer Summe einzelnen Befugnisse bestehe. Das Eigenthum ist nicht die Summe aller an einer Sache denkbaren Rechte, sondern ihre Einheit, d.h., wie jede Einheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein hat, ein anderes Recht, als diese einzelnen Rechte sind. So kann eines derselben fehlen, ohnedass das Eigenthum dadurch aufgehoben ist» (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I.B., Düsseldorf, 1867 [2], § 167, p. 458). La prima parte del 'Lehrbuch' windscheidiano uscì in prima edizione nel 1862. In successive edizioni, Windscheid — deliberatamente e motivatamente, come egli stesso ha cura di avvertire (cfr. 9. Aufl, Frankfurt am Main, 1906, p. 857, nota 2) — sostituisce alla qualificazione della proprietà come *Einheit*, quella di *Fülle des Rechts an der Sache*, rispetto a cui le singole *Befugnisse* «sind nur Ausserungen und Manifestationen dieser Fülle».

(280) «Die Natur oder das Wesen des Eigenthums liegt in der Abstractheit und mannigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjekts über die körperliche Sache als blossen und total als Gegenstand des Willen jenes», puntualizza Böcking nelle sue 'Pandette' (cit., in WIEGAND, *Zur theorethischen Begründung der Bodenmobilisierung*, cit., p. 141, p. 92). Questa tendenza in tema di proprietà è testimonianza significativa di quel più generale tentativo di costruzione di un diritto privato 'astratto' che ha egregiamente studiato in Jhering Walter Wilhelm. Cfr. W. WILHELM, *Zur Theorie des abstrakten Privatrechts. Die Lehre Jherings*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, hrsg. von W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1972, p. 265 ss.

condanna inappellabile — innanzi tutto sul piano del ragionevole — di ogni operazione divisoria. Ed è ammirevole la logica di Pagenstecher, qundo insegna che «das Eigentum ist seinem Inhalte nach untheilbar, durch die juristische Unbestimmbarkeit dieses Inhalts, durch die Unmöglichkeit seiner rechtlichen Begränzung» (281), o quella di Puchta, quando, a proposito dei singoli attributi del proprietario, sostiene senza un rimpianto o una perplessità che «durch diese Totalität wird es unnütz, diese Befugnisse aufzuzählen» (282).

Illogicità e inutilità, dunque, di una indagine sezionatrice del *dominium*. Tanto l'impegno della dottrina tradizionale era, da sempre, stato dedicato a fissare il contenuto positivo della proprietà, tanto l'impegno della matura pandettistica è volto a svincolarlo da determinazioni, a lasciarlo generico, a risolverlo nell'unico carattere della totalità che tutto assorbe e tutto inghiotte.

Una simile teorica non aveva solo il pregio di creare una proprietà a misura del soggetto agente, strumento congeniale e spedito per il dinamico operatore economico, ma si traduceva in una costruzione giuridica estremamente rigorosa: la proprietà non si proponeva soltanto come una entità non frazionabile, ma come una entità logicamente incomunicabile con gli altri diritti reali. E Windscheid, che aveva messo a punto con cura la riduzione dello *Eigenthum* ad una *Einheit*, avrà buon gioco, in tema di servitù, a respingere il principio di queste come diritti frazionari (283).

L'unità compatta, semplicissima e indeterminabile della proprietà era stata separata, sul piano logico prima che su quello pratico, dagli *iura in re* particolari e a contenuto determinato, che venivano a limitare il dominio nella sua vita storica. La familiarità fra *dominium* e *iura in re aliena* era soltanto una circostanza di fatto, una convivenza storica. Concettualmente, essi appartenevano a categorie

---

(281) PAGENSTECHER, *Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, I, Abth., cit., p. 8.

(282) Il testo, tratto dalle 'Institutionen' di Puchta, è citato in WIEGAND, *Zur theorethischen Begründung der Bodenmobilisierung*, cit., p. 143, dove potranno reperirsi altre significative testimonianze.

(283) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., I.B., § 200, p. 560, n .3.

logiche distinte, anzi opposte, come si oppongono il perpetuo e il temporale, l'indeterminato e il determinato (284).

La proprietà — in forza della sua natura etica, del suo principio metafisico, della sua carica ideologica — aveva subìto un trattamento differenziato. Ora, nella sua solitudine, nel suo limbo metastorico, era una struttura intatta e intangibile, limitabile sì ma con una vitale capacità di riassorbimento in grazia della sua potenziale elasticità.

Quel che contava era l'aver fugato il principio di una partecipazione dei diritti reali limitati alla vita essenziale della proprietà. Al contrario, la loro costituzione mostrava la loro appartenenza a realtà sorrette da ragioni irriducibilmente opposte.

Spostare lo sguardo dalla dottrina francese a quella tedesca non era dunque per il civilista italiano intento al tema della proprietà, né una circostanza irrilevante, né una operazione innocua. Dietro il filogermanesimo dei neoterici non poteva invece che conseguire una rinnovata visione della proprietà e dei diritti reali sulle orme e dietro l'influenza della forte, persuasiva analisi pandettistica (285).

3. Chi scriverà la storia giuridica della proprietà oltre i termini della paleocivilistica avrà di fronte un quadro dottrinale estrema-

---

(284) Sulla proprietà come «das ewige Recht: schlechthin und unbedingt» è incentrato un tardo lavoro di H. H. PFLÜGER, *Ueber den Begriff des Eigenthums*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, LXXVIII (1892), che avrà molta influenza sulla costruzione di Venezian circa l'usufrutto.

(285) Si deve qui ripetere (cfr. più sopra, p. 456, n. 26) che la stessa dottrina austriaca restò impressionata dalle nuove scelte pandettistiche. Cfr. gli esempi illustri di A. RANDA, *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, Leipzig, 1865, § 5, e *Das Eigenthumsrecht nach österreichischen Rechte*, Wien, 1867, p. 15 ss., e di J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I.B., Leipzig, 1876 [4], pp. 524-525. Interessa rilevare qui, più che la posizione di Randa, quella di Unger, un personaggio che, come già sappiamo, ha una enorme influenza sulla dottrina italiana, e non soltanto ottocentesca (cfr. G. SEGRÈ, *Giuseppe Unger*, in *Rivista di diritto civile*, VI (1914), p. 585 ss.). È notabile che il richiamo a Unger sia costante in tutti i civilisti neoterici ansiosi di passare alla costruzione d'una teoria generale, d'una dommatica del diritto privato, ma è ancor più notabile che in un saggio ben diverso, come quello di Vadalà Papale, dove si rivolgono abbondanti critiche ai francesi, dove si esprime la più profonda diffidenza verso il diritto romano, dove non c'è riferimento ai tedeschi, l'unico nome fatto con rispetto sia proprio quello del grande giureconsulto austriaco.

mente complesso, in cui — più che per l'innanzi — la dottrina giuridica dovrà essere sempre più confrontata con numerosi, efficaci, significativi interventi legislativi e in cui lo stesso panorama dottrinale si presenta assai vario e sfaccettato (286).

Due momenti riflessivi si segnalano in modo particolare per il loro rilievo all'attenzione dello storico: la teorica dell'oggetto della proprietà e la teorica dei limiti.

La natura dell'oggetto — sia che si tratti di una *res incorporalis* (287), sia di una *res corporalis* dal particolare significato politico economico tecnico — diventa infatti sempre più un elemento condizionante della sopraordinata struttura giuridica, e cominciano ad affacciarsi diverse specie di proprietà sottoposte a diversi regimi a seconda della peculiarità dei beni oggetto del potere dominativo.

La nozione di limite, poi, che era già stata sbozzata dalla paleocivilistica, riceve una attenzione tutta peculiare; la teoria delle limitazioni della proprietà, tenendo dietro all'evolversi dell'ordinamento e della stessa coscienza sociale, si irrobustisce e soprattutto si tecnicizza. Grazie al contributo di alcuni interpreti, fra cui ha, a nostro avviso, un posto di spicco Ferdinando Bianchi (288), si lascia le sponde moraleggianti e retoriche della imperante fino ad allora dottrina sui 'temperamenti della proprietà' — di cui è testimonianza esemplare la memoria premiata e celebrata ma vuota e prolissa di

---

(286) Su queste sfaccettature pesano non poco le varie adesioni filosofiche degli scrittori. Su un tema come la proprietà storicismo, evoluzionismo, socialismo incidono imprimendo scelte ben determinate. Un esempio di storicismo temperato da evoluzionismo è offerto dall'eclettico Pietro COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1888, che, proprio in tema di proprietà, scrive alcune pagine singolari per la confluenza di molteplici motivi speculativi (v. soprattutto p. 159 ss.).

(287) Specialmente in rapporto al problema della 'proprietà letteraria' — che, di recente, lo Stato unitario aveva legislativamente definito — e della 'proprietà industriale', si fa sempre più impellente l'esigenza di estensione della nozione di oggetto di proprietà oltre il tradizionale confine della *res corporalis*.

(288) Con i due contributi che già conosciamo: *I limiti legali della proprietà nel diritto civile*, cit. (che è dell'86). Meno incisivo ci appare il saggio tanto più famoso di E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione civile italiana*, ora in *Opere complete* di E. C., III. *Studi di diritto civile*, Torino, 1900 [2]. Cimbali è infatti un temperamento poco incline alla costruzione giuridica; ha sensibilità politica e, conseguentemente, anche storica. In lui il problema del limite è problema squisitamente socio-politico.

Giovanni Lomonaco (289) — e si avvia la costruzione di una teoria rigorosamente giuridica. Nell'ambito di un discorso ormai squisitamente giuridico si perfeziona il recupero del limite alla stessa nozione di proprietà, proponendolo come il naturale compimento del meccanismo appropriativo individuale nella sua dimensione sociale (290).

Sarebbero questi dei punti da tener fermi e da approfondire per chi avesse il compito di tracciare le linee della proprietà nel clima culturale di fine secolo. Poiché questo non è compito nostro, basti il fuggevole accenno. Quel che a noi interessa della futura vicenda dottrinale della proprietà è soltanto una zona di confine appena oltre i termini della paleocivilistica, che valga a mostrarci il trapasso dal modello tecnico tradizionale a un modello rinnovato.

Anticipiamo un risultato, del resto prevedibile, forse ovvio dopo quanto abbiamo detto nel capitolo precedente: il rinnovamento si realizza sulla scorta delle recenti acquisizioni pandettistiche ed è null'altro che una versione peninsulare della teoria del potere totale ed astratto sulle cose.

Anche se è spesso rischioso e, nella maggior parte dei casi, indebito isolare il privilegio della primogenitura in capo a un singolo personaggio, un nome va qui fatto, e solitario: quello di Luigi Bellavite. Un nome giustamente considerato dalla civilistica più risalente (291), ma oggi completamente sepolto, come comprova il recente ampio 'Dizionario biografico degli italiani', che — con deplorevole negligenza — non ne reca la pur minima menzione (292).

---

(289) Premiata dalla Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli nel concorso del 1881, stampata come 'Appendice' alla traduzione italiana dei 'Principii' di Laurent (vedi la citazione, più sopra, a p. 540), e di poi frequentemente citata.

(290) Come la nozione di limite, da circostanza eccezionale, sia divenuta nella dottrina degli ultimi anni del secolo, un elemento integrativo della stessa nozione di proprietà, è pienamente segnato nel saggio di un costituzionalista, Pietro CHIMIENTI, *Il diritto di proprietà nello Stato costituzionale*, Torino-Roma, 1894, soprattutto p. 25 ss.

(291) Cfr. Alfredo ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, cit., p. 292.

(292) Per questo non sarà inopportuno dare qui alcuni essenziali cenni biografici: nasce a Verona nel 1821; è dal '55 ordinario di Diritto romano all'Università di Padova, dove dal '61 diventa ordinario di Diritto civile e dal '79 unisce anche l'incarico di Pandette; muore nel 1885.

Eppure, fra i tanti modesti personaggi operanti nella scienza giuridica postunitaria, spetta al Bellavite una posizione incisiva, sia per essere egli fra i primi a divulgare il senso delle proposte metodiche dei tedeschi, sia per fungere presso i più giovani da autorevole e rispettato, seguìto campione dell'indirizzo neoterico.

Professore a Padova di Diritto romano e di Diritto civile, traduttore di Savigny e di Jhering, il giurista veronese pubblica nel 1873 un esile prezioso libretto (293) «semplicemente per servire alla scuola, ma tale in sostanza da poter figurare con onore anche nella biblioteca di un giurista provetto» (294). Vi si legge: «la proprietà non è già la somma di tutti i diritti escogitabili sopra d'una cosa, ma il loro congiungimento ad unità ... Questa unità, ch'è la queddità della proprietà, è un diritto diverso da quei diritti singoli ... In sostanza con proprietà, in senso stretto, si esprime la identificazione della cosa corporale colla persona, quasi come estensione dell'*Io* ...» (295).

Tra le citazioni c'è anche quella del 'Lehrbuch' di Windscheid; e veramente la pagina bellavitiana segnala la sua dipendenza dalla costruzione windscheidiana, mostra di essere elaborata tenendo presente la limpida soluzione del giureconsulto tedesco. Limpida è anche la scelta del Bellavite: la proprietà come unità, e, in quanto unità, come entità distinta dagli attributi-elementi-diritti che *pro parte* concorrono a comporla. Quindi, una proprietà come nozione etico-giuridica concettualmente separata dagli altri *iura in re*, incomunicabile per la incomunicabilità delle loro nature.

Si capisce da queste posizioni di fondo la critica decisa cui il maestro padovano sottopone la collocazione sistematica delle servitù operata dal Codice unitario entro la categoria delle 'modificazioni

---

(293) Ci riferiamo a L. BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile soltanto per l'indirizzo de' giovani studenti*, Padova, 1873.

(294) Che, nelle intenzioni di Bellavite, dovesse servire unicamente la scuola, è dimostrato dal titolo, tanto dimesso da parere insignificante. Il giudizio riportato è di V. POLACCO, *Luigi Bellavite*, ora in *Opere minori*, P. II. *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, fasc. I, Modena, 1929, p. 54 (riproduce il testo della commemorazione tenuta a Padova nel settembre 1885 e stampata nel vol. XXXV dello 'Archivio giuridico').

(295) BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile*, cit., p. 155, nota 1.

della proprietà'. V'è in quella equivoca dizione ereditata dai francesi tutta l'equivocità della dottrina degli *iura in re aliena* imperante ai primi Ottocento, ma è dottrina deteriore per chi muova dallo schema incredibilmente chiaro dei pandettisti. E Bellavite non ha esitazione nel respingere come fonte di inesattezze la indicazione legislativa, e come inesatta la deduzione delle servitù quali diritti frazionari. Al pari dei suoi mentori germanici, egli ha la convinzione che «la servitù ... non sottrae una porzione della proprietà, ma la limita, la comprime», non incide né può incidere su una sostanza unitaria, che l'officina pandettistica aveva costruito di inattaccabile compattezza (296).

La singolarità del testo bellavitiano è la sua datazione risalente. Siamo ancora nel 1873, un momento in cui stanno via via apparendo i commentarii più pesanti della paleocivilistica. Eppure, il ripudio delle verità tradizionali e delle fonti tradizionali di ispirazione è netto; e netta la sostituzione del nuovo modello tecnico a quello che, con intuizione puntuale, il Bellavite sente già invecchiato. Sarà allora una posizione solitaria e isolata, ma sarà un seme non inutilmente lanciato.

Sostanzialmente premuti da una coscienza più acuta delle esigenze giuridiche di un individualismo economico assai evoluto, ma formalmente sollecitati dalla profonda influenza che il maestro di Padova esercitò sulle nuove generazioni, molti giuristi si sarebbero riconosciuti nel nuovo patrimonio di nozioni, e quel seme sarebbe stato presto raccolto. Per esempio, da Giampietro Chironi, che è spiritualmente un bellavitiano (297) e che dimostrerà la sua appartenenza alle correnti neoteriche nell'impegnativo banco di prova del suo felice manuale istituzionale (298).

---

(296) «Taluni ravvisarono nelle servitù altrettanti diritti distaccati dalla proprietà. E ciò si è voluto per avventura indicare chiamando le servitù *modificazioni della proprietà*. Ma quell'idea non è esatta. La servitù ... non sottrae una porzione della proprietà, ma la limita, la comprime, a così dire, soltanto» (BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile*, cit., p. 175).

(297) Sull'influenza di Bellavite su Chironi, cfr. F. VASSALLI, *Giampietro Chironi*, ora in *Studi giuridici*, vol. II, Milano, 1960, p. 369. Per un quadro sommario ma pregevole del clima intellettuale entro il quale si colloca l'avvio dell'opera scientifica di Chironi, vedi pp. 364-68.

(298) G. P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, volume I, Torino, 1888.

Se diamo uno sguardo alle *auctoritates* predilette, l'elenco dei tedeschi si palesa lungo, e vi si stagliano i nomi di Brinz, di Bekker, di Dernburg, di Förster, di Vangerow, di Windscheid; una folta schiera di fronte alla quale fa spicco qua e là lo sparuto riferimento al corso di Aubry e Rau e al commentario di Laurent.

Armoniche con le sue fonti le scelte costruttive: accettazione piena della proprietà come potere totale sulla cosa, incidenza estrinseca degli *iura in re aliena* nella sfera del *dominium*, negazione assoluta di autonomia dei diritti reali limitati (299).

Di lì a poco la costruzione pandettistica avrà la sua espressione nel corso sui diritti reali di Gianturco (300), in quello pavese di Vincenzo

---

(299) Si veda soprattutto di CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I, cit., § 112, 127, 128, 160, 172, 198. Ecco una affermazione chiara e univoca: «il concetto di proprietà non risulta dala somma o dalla interezza di quanti diritti speciali (poteri) si possano esercitare sulla cosa: non è un prodotto sulla cui composizione questi diritti si possano scernere come elementi distinti, ed è il solo potere assoluto (come si disse) ed esclusivo, che abbraccia, investe tutta la cosa. Certo, si possono su questa consentire ad altre persone poteri in forza dei quali il diritto del proprietario perde di estensione: ma essi non esistono come se staccati dalla proprietà riabbiano vita indipendente, e costituiscono degli *oneri* gravanti la proprietà, il cui concetto, la cui esistenza ne è necessariamente supposta, e che col cessare di essi ridiventa libera, riottiene la estensione primitiva» (*ibidem*, pp. 205-06). É notabile come il linguaggio di Chironi cerchi studiatamente, con una rigorosa precisione terminologica e concettuale, di espungere l'idea di *ius in re aliena* dalla struttura interna della proprietà; per esempio, quando si dice che «la servitù è estensione del diritto di proprietà del fondo dominante, e vi corrisponde una diminuzione dei poteri contenuti nella proprietà del fondo servente. Per il che, rispetto ai due fondi la servitù è *qualità* del diritto di proprietà di essi, è un elemento che *aderisce* a cotesto diritto» (p. 266). Scompare ogni nozione di frazionamento, mentre l'uso del verbo aderire insiste sulla rappresentazione logica della servitù come un *quid* che si aggiunge dall'esterno. Anche a proposito della distinzione in dominio diretto e dominio utile, questa viene ridotta, da un segno ed effetto di una divisione sostanziale del diritto di proprietà, a segno dell'esistenza di un 'peso' — chiamato dominio utile — sulla cosa del domino diretto (p. 207).

(300) Pur con qualche traccia della vecchia dottrina, serbata nella terminologia (si usa il termine 'smembramento') e nella stessa definizione (per Gianturco la proprietà è «l'impero *assoluto* ed *esclusivo* su la sostanza di una determinata parte del mondo esteriore», dove 'sostanza' può richiamare alla mente antiche schematizzazioni), la posizione del Maestro napoletano è netta: «il diritto di proprietà contiene in sé molti altri *jura*, come il *jus possidendi*, il *jus vindicandi, utendi, fruendi*, etc. Ma fu detto molto bene che la proprietà non è la somma di tali diritti dominicali, bensì l'unità di essi. Può infatti mancare il *jus possidendi*, può altresì mancare il *jus disponendi*, e tuttavia la proprietà

Simoncelli (301), nel trattato sull'usufrutto di Venezian (302), mentre un allievo di Chironi, l'Arnò, la applicava nel ristretto, delicato campo delle servitù prediali (303).

---

rimane salda egualmente, come rimane integra la libertà personale non ostante qualsiasi obbligazione derivante da contratto di mutuo, di comodato, ecc. Il che non sarebbe se la proprietà stesse a rappresentare il totale dei varii diritti dominicali: perché in tal caso ogni smembramento di questi diritti, ogni variazione nelle singole parti della somma non potrebbe, ripercuotendosi sul totale, non produrre in questo smembramenti e variazioni corrispondenti» (E. GIANTURCO, *Dei diritti reali* - Lezioni di diritto civile (racc. dal prof. Michele De Palo), Napoli, 1892, pp. 166-67; per la definizione di proprietà, p. 157). Il corso di Gianturco è un corso istituzionale chiaro e scarno, culturalmente opaco, che tende ad offrire al lettore-studente nozioni elementari solidamente basate sui dati positivi, facendo una scelta a favore della dimensione descrittiva rispetto a quella problematica. Scarso vi è l'interesse teoretico e scarsi i riferimenti alla storia dottrinale; più copiosi i riferimenti alla situazione locale napoletana, che fungono da elemento catalizzatore per l'attenzione degli studenti. Rispetto ai contemporanei corsi di Filomusi Guelfi, notabile è la povertà di strumenti culturali.

(301) Anche questo corso è imperniato sulla accettazione della antitesi logica fra proprietà e diritti reali limitati costruita come antitesi fra ciò che per sua essenza è indeterminato e indeterminabile, e ciò che non può non essere determinato. Mentre infatti del proprietario si può dire soltanto quello che non può fare, del titolare di uno *jus in re aliena* si può e si deve dire quello che può fare. Mentre è sterile ogni discorso sul 'contenuto' positivo del *dominium*, è utile e doveroso un discorso sul contenuto positivo del diritto reale minore. Cfr. V. SIMONCELLI, *[Corso di] Diritto civile*, R. Università di Pavia, a.a. 1893-94, Pavia, s.d. (sulla indeterminatezza della proprietà, p. 85; su le servitù come diritti non frazionarii della proprietà, pp. 368-70; sulla determinatezza del contenuto della servitù, p. 371). Interessante quanto afferma sulla distinzione fra dominio diretto e utile: «Non ci soffermiamo sulla 3ª teoria [quella del dominio diviso], perché da termini e parole sparse in nostre leggi, speciali, non si può affermare un pregiudizio giuridico ormai bandito» (p. 741). La vecchia teorica è illuministicamente relegata fra i pregiudizi e non assurge nemmeno a soluzione storica ormai abbandonata. Vincenzo Simoncelli (1860-1917), dopo essersi formato, a Napoli, alla scuola di De Crescenzio e di Gianturco, fu professore a Camerino, a Pavia, a Roma.

(302) G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, volume primo. *L'usufrutto e le sue modificazioni - Gli usi pubblici e gli usi collettivi - Costituzione dell'usufrutto*, Napoli, 1895, dove il discorso si incentra sulla antitesi logica fra proprietà e usufrutto come antitesi fra un «rapporto perpetuo o temporaneamente illimitato» e un rapporto temporalmente determinato. V. p. 3 e p. 16. Pesa su di lui la influenza dei maestri germanici e soprattutto dello Pflüger.

(303) C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane - Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino, 1895, p. 2: «ammesso che obbietto del rapporto di servitù sia la cosa materialmente intesa, è bene lo avvertire che contenuto di cotesto rapporto non è un frazionamento del diritto di proprietà, consistendo la servitù non in

I capisaldi restavano gli stessi. Allontanandosi sempre più dagli schemi del frazionamento del dominio, si accentuava — se mai — lo iato tra proprietà e diritti reali limitati fino a divenire una vera e propria opposizione d'indole logica.

É la strada che, lentamente, senza cesure, avrà al suo termine il trattato sulla proprietà di Biagio Brugi. Opera senza dubbio complessa, come complessa è la personalità del suo autore, e non sottoponibile pertanto a semplicistici giudizi, ma incarnante senza dubbio il trionfo della restaurazione 'romanistica' nel campo dei diritti reali ([304]) e la consolidazione di quello che abbiamo tante volte qualificato come il patrimonio metodico e tecnico della civilistica neoterica ([305]).

---

una parte staccata dalla proprietà, ma in un diritto per sé stante che limita la proprietà; epperò proprietà e servitù sono due concetti affatto opposti tra di loro». Nella premessa al volume, Arnò informa che la dissertazione è scritta su sollecitazione e influsso del suo maestro Chironi.

([304]) Con ingenua monotonia v'è, a ogni pié sospinto, il riferimento — acritico ed antistorico — al modello romano concepito metastoricamente, in una assolutizzata estetica giuridica, come l'archetipo sublime. É pur esatto il rilievo che «in diritto nostro è ripristinato quel tipo romano della proprietà che esclude ogni idea di relazione ad altro tipo» (p. 61), e che «il nostro tecnicismo è ancora il tecnicismo romano» (p. 80), e che «noi abbiamo ereditato dal diritto romano questo riguardo alla integrità del dominio e lo abbiamo affidato al presidio dell'ordine pubblico» (p. 98). Il negativo di questo esasperato filoromanesimo sta nella incomprensione per ogni venatura dottrinale di provenienza non-romana, per ogni tentativo esorbitante l'alveo puramente romanistico (v. il drastico, spicciativo giudizio sull'ABGB a p. 56), nel misurare la validità scientifica di un'opera dottrinale nella purezza del suo messaggio 'romanistico'. Eloquente, a questo proposito, il giudizio sul BGB, ricolmo di soddisfazione per il ripudio che vi si fa della dottrina del dominio diviso e per la effettiva ispirazione al «tecnicismo giuridico romano» (p. 65). E il giurista ha il torto di dichiararsi, non riuscendo a rattenere l'esclamazione: «così ci brillano innanzi concetti giuridici romani» (p. 67). Un momento emozionale di non-vigilanza critica, che rappresenta per noi un atto inconsapevole di confessione.

([305]) Le citazioni potrebbero esser moltissime. Ne facciamo qui due soltanto, ma estremamente indicative. Sulla teoria della proprietà imperfetta: «il far credere che si è proprietari quando si ha un diritto sulla cosa altrui, genera idee fallaci e pretese ingiustificate. Le facoltà derivanti da un diritto sulla cosa altrui (così detta proprietà imperfetta) non si attingono al concetto di proprietà, ma al concetto di questo diritto reale» (p. 61). Sulla antitesi concettuale fra proprietà e diritto reale limitato: «il diritto di proprietà, qual potere giuridico totale sulle cose corporali, sta a sé e per sé, mentre tutti gli altri poteri giuridici parziali sulle cose, i quali hanno figura di diritti reali,

4. Il lettore attento si sarà sorpreso di una clamorosa assenza nelle pagine precedenti: quella di Francesco Filomusi Guelfi. Ed è un'assenza clamorosa, se si pensa che Filomusi ha dedicato una gran parte della sua operosità scientifica e didattica al grosso problema della proprietà e dei diritti reali. Come non avviene forse per nessun altro civilista italiano, con una costanza singolare che dura quasi per l'intero arco della vita di insegnamento, i suoi corsi di diritto civile alla Università di Roma affermano periodicamente la fedeltà a quel tema del maestro e dello scienziato, consentendone l'approfondimento in tutto il suo non esile spessore ([306]).

L'assenza dello studioso abruzzese dal novero dei civilisti esaminati nasce soltanto dalla sua difficile collocabilità all'interno di una scuola o di una corrente. Certamente non appartiene alla paleocivilistica, ma altrettanto certamente sarebbe un immiserirne la posizione inserirlo fra i neoterici accanto a Bellavite e ai suoi seguaci. Il fatto è che a Filomusi spetta un posto a sé, compete il privilegio d'un singolare isolamento.

Abruzzese di nascita, ha la ventura di formarsi a Napoli in un clima intellettuale tra i più vivi in Italia, permeato com'era di tradizione vichiana e di riscoperte hegeliane. A Napoli, tra le lezioni di De Crescenzio e di Bertrando Spaventa, trova l'ambiente adatto a sviluppare quella sua «tendenza filosofica, diretta a conciliare nella scienza del diritto l'elemento filosofico e lo storico», come avrà a

---

presuppongono la proprietà, di cui essi sono un limite. Il che ha importanza economica e giuridica ad un tempo: un *ius in re aliena* non si può concepire se non in antitesi alla proprietà» (p. 107).

([306]) A causa della misura del presente lavoro — che non è dedicato alla ricostruzione del pensiero di Filomusi, ma che vuol solo definire sommariamente una zona di transizione ai margini della paleocivilistica —, si darà qui attenzione ai primi due corsi filomusiani sui diritti reali effettivamente pubblicati, e cioè a: *Diritti reali* - Appunti sulle lezioni racc. per cura di E. Piola Caselli e G. Briolini [dispense lit., a.s. 1888-89 - R. Università di Roma] e a *Trattato dei diritti reali* - Lezioni red. per cura degli studenti A. Matozzi, C. Mapej, E. Nannini [dispense lit., a.s. 1891-92 - R. Università di Roma], p. 219 ss. Il corso tenuto nell'a.a. 1888-89, a detta dello stesso Filomusi, sembrerebbe essere, se non il primo corso dettato sui diritti reali che risale invece all'85-86, almeno il primo corso sui diritti reali consolidatosi in una pubblicazione sia pure litografica (cfr. F. Filomusi Guelfi, *Diritti reali* - Esposizione pel corso 1901-02, Roma, 1902, p. 131).

confessare molti anni più tardi in certe sue puntuali notazioni autobiografiche (307).

Il segreto dell'immagine irripetibile di Filomusi sta tutta qui: un giurista dagli eccellenti strumenti tecnici, educato sulle pagine dei tedeschi al più vigilante rigore logico e sistematico, ma con in più un'ampia apertura culturale, una non comune capacità speculativa, una straordinaria attenzione per il metagiuridico, quali contrassegni costanti della propria avventura scientifica.

Da qui sorge la necessità per il ricercatore di un impianto documentario più robusto, più corale. La naturale *Isolierung* del giurista — anche del giurista neoterico con le sue certezze epistemologiche — si piega a una naturale propensione ad aprirsi agli scavi puramente storici, alla ricerca comparatistica, alle fondazioni squisitamente speculative, economiche, sociali. Domina il giurista l'esigenza di collocare, verificare, irrobustire il dato giuridico in una raggiera più ampia e probante, con una costante curiosità intellettuale e, insieme, con una genuina umiltà che lo porta a trovare nella comparazione orizzontale e verticale lo strumento culturale a lui più congeniale.

Quel ch'è più appariscente per il lettore sereno delle sue opere è che — a differenza di quasi tutti i giuristi a lui coetanei, ben inseriti in scuole e filoni dottrinali, e ben muniti nelle loro certezze — nulla è in Filomusi apodittico, assiomatico, tutto è sempre discutibile e discusso, con un costante rispetto per la tesi dell'avversario, che non è mai elusa ma considerata e compresa. Nessuna conclusione è in lui dogmatica, ma storica. Sensatamente legato al dato della legislazione positiva, non è mai soltanto un esegeta, perché sempre il 'positivo', o è còlto come approdo di un divenire storico, o è l'elemento da includere in un più esteso orizzonte. Tutto sempre intriso di disponibilità e, in fondo, di umiltà.

É questo l'atteggiamento intellettuale che caratterizza Filomusi nelle sue indagini su proprietà e diritti reali rispetto a indagatori colti e provveduti, ma troppo rinserrati nelle loro armature di valori.

---

(307) Filomusi è personalità troppo nota perché qui se ne dia una traccia biografica. Le notazioni autobiografiche, cui si accenna nel testo, si possono leggere in *Ricordo delle onoranze a Francesco Filomusi Guelfi per la sua nomina a Senatore*, Napoli, 1911, p. 9 ss. La frase riportata è a p. 11.

Un campione di questi è Biagio Brugi, un personaggio senza dubbio esorbitante la conchiusa casella del giuscivilista, cui la storiografia giuridica deve alcuni contributi che sono tra le più valide ricostruzioni della storia letteraria del diritto comune, ma che, posto di fronte al tema della proprietà, non sa divincolarsi da una aberrante dialettica manichea fra il 'romano' e il 'non romano', dove il 'romano' è identificato con il bene e tutto ciò che non vi si allinea con il deteriore ([308]). Esattamente l'opposto del procedimento di approccio culturale di Filomusi.

Esempio significativo dei due contrastanti atteggiamenti è rappresentato dalle valutazioni sensibilmente diverse dei due giuristi a proposito di quel nodo complesso che è, per il tema dei diritti reali, la formazione del Codice imperiale germanico del 1900. Brugi analizza gli *Entwürfe* e il Codice alla luce dei suoi consueti occhiali deformanti e passa subito a sezionare idealmente ciò che è 'romano' dal 'non-romano', gioisce per l'abbandono di dottrine 'negative' legate alla tradizione 'germanica' quale il dominio diviso e conclama la sua emozionale soddisfazione conclusiva derivante dalla constatazione che «ci brillano dinnanzi concetti romani» ([309]). Filomusi vi guarda invece senza prevenzioni, senza modelli culturali prefabbricati; guarda al primo *Entwurf*, ma anche alla critica che da 'sinistra' e da una angolazione culturale non romanistica enuncia Otto Gierke ([310]). In lui, che pure è romanista agguerrito e convinto,

---

([308]) Cfr. più sopra a p. 562.

([309]) BRUGI, *Della proprietà*, cit., passim, ma soprattutto p. 65 ss. (la frase citata nel testo è a p. 67, ma si veda anche a p. 68 le espressioni di soddisfazione del Brugi per il fatto che le norme del BGB «hanno dato l'ultimo crollo a dottrine inveterate» di indole 'germanistica'.

([310]) Il primo *Entwurf* sembra a Gierke «nicht deutsch», «nicht volkstümlich», «nicht schöpferisch». Sulla critica di Gierke al primo *Entwurf* — testimoniata soprattutto in tre opere del nostro: *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht*, Leipzig, 1889 (a p. 2 le affermazioni citate poco sopra), *Die sociale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889; *Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Berlin und Leipzig, 1889 — cfr., da ultimo, specificamente, H. KUNTSCHKE, *Zur Kritik Otto von Gierkes am bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa*, cit., p. 153 ss., nonché la eccellente messa a punto di G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein «Juristensozialismus» Otto V. Gierkes?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75). È istruttiva anche una lettura di

cade ogni paraocchi fuorviante, e il progetto di Codice è calato al centro di tendenze confluenti e contrastanti con una totale disponibilità a esaminarle 'storicamente' (311).

Lo svincolo dal canale obbligato della interpretazione in chiave romanistica — che è presente, spesso confusamente, anche in quei giuristi che avvertono la lezione dello storicismo (312) —, il sempre critico entusiasmo per i tedeschi, la ricchezza del patrimonio culturale usato e valorizzato, contribuiscono a connotare d'un tratto tipico e peculiarissimo la testimonianza filomusiana in tema di proprietà, a farne essenzialmente una professione di fede storicistica. Il che, su questo tema che tende da sempre ad essere deformato in un conflitto di valori, non è cosa di poco conto.

Che la lezione dei tedeschi sia stata suadente per il giurista abruzzese lo dimostra l'intelaiatura di fondo. «La proprietà si definisce come la generale ed indipendente signoria della persona sulla cosa» (313), ed è signoria così totale e indeterminata da essere condannato alla sterilità quel tentativo che volesse identificarla sulla base del suo contenuto positivo (314); la proprietà è pertanto logicamente «un diritto unico e non composto» (315). Di conseguenza, il diritto di servitù non è un elemento del *dominiun*, una sua frazione (316), ma un *ius in re aliena* che non partecipa della realtà della proprietà (317); in quanto signoria particolare e a contenuto determinato è anzi della proprietà un perfetto contrapposto (318).

W.SCHUBERT, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung - Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Berlin, 1966 (sulle critiche gierkiane cfr. particolarmente p. 35 ss.).

(311) FILOMUSI GUELFI, *Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., pp. 294-95.

(312) Come Pietro Cogliolo, che, nella sua *Filosofia del diritto privato*, cit., ce ne dà una ampia e complessa dimostrazione.

(313) Così già in *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 152. Ma è definizione che resta praticamente immutata fino agli ultimi corsi a stampa.

(314) *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 180.

(315) «La proprietà non risulta dal complesso di diversi diritti indipendenti. La proprietà è un diritto unico e non composto, di cui tali diversi diritti non sono che le conseguenze essenziali e fondamentali» (*Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 181).

(316) *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 157.

(317) *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 334 ss.

(318) *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 152.

Si direbbe un complesso di scelte che un neopandettista potrebbe sottoscrivere, ma sarebbe una conclusione troppo spicciativa. Allargando infatti lo sguardo dalle scelte specifiche a tutto il discorso filomusiano in cui quelle si collocano e trovano ragione, le vediamo emergere non come valori indiscutibili rispetto a cui di diverso c'è soltanto l'errore e la scorrettezza metodologica, bensì come soluzioni profondamente discusse e discutibili appoggiate su una interpretazione ampia del messaggio d'una civiltà giuridica e mai fondate sulla esegesi di un solo frammento o di un articolo sparso; soluzioni insomma che il giurista ritiene provate e probabili, approssimazioni alla verità, e nulla più. Non v'è alcuna traccia di quel manicheismo tanto frequente nei pandettisti e nei loro accoliti, fatto di biasimi, di condanne, di disprezzo. Ogni invenzione teorica, ogni strumento tecnico, è per Filomusi un prodotto storico, pertanto non assolutizzabile, pertanto relativo; anche quello da lui accettato e seguìto.

Eccone una buona verifica sul problema della natura giuridica della servitù. Anche se egli è convinto della positiva configurazione di questa come *ius in re aliena*, la sua tolleranza culturale venata di un solido storicismo non può non dare rilevanza alla tesi avversata e dimostrare liminalmente una totale disponibilità di comprensione: «nel diritto moderno possono essere due i concetti della servitù: o il concetto romano che la considera come uno *ius in re aliena*, o il concetto medievale, di diritto germanico, che la considera come un diritto frazionario della proprietà, come una *pars dominii*, come un dominio utile, concetto che si rivela specialmente nell'usufrutto» (319). I due 'concetti' partono da una posizione di pari dignità, perché valutati e rispettati come espressioni di tradizioni storiche diverse, perché consolidazioni di esigenze e idealità che unicamente nella storia traggono la loro legittimazione. Nell'ambito del giuridico — sembra insegnare Filomusi — i valori sono relativi e debbono sempre misurarsi relativamente alle forze storiche di cui sono emanazione.

Nel precedente 'Corso' sui diritti reali il maestro romano era stato ancora più esplicito su questo punto; con un approccio singolarissimo: «Questo è il concetto romanista della servitù, ma nella

(319) *Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., p. 384.

storia del diritto si riscontra un altro concetto, che è la conseguenza della teoria della proprietà divisa» (320). Se l'interprete, alla fine, propone come seguibile il primo, non è per convinzione inoppugnabile, ma solamente perché schema più congeniale al regime delineato nel Codice.

É notabile che in un corso di diritto positivo da parte di un insegnante di un diritto positivo i concetti non subiscano alcuna dogmatizzazione, alcun procedimento isolante. Non *la* proprietà, *la* servitù, *lo* usufrutto, ma tanti precipitati storici in cui si assommano i caratteri proprii delle civiltà produttrici; e il diritto vigente, al fondo dell'imbuto del divenire storico, lungi dall'essere astoricamente isolato e assolutizzato con un'esegesi d'indole pseudologica, è soltanto per il giurista l'assestamento ultimo di una catena ininterrotta di movimenti e di contraccolpi (321).

Non sorprende allora quella grande virtù che chiamavamo più sopra l'umiltà del giurista Filomusi (322), né sorprende la sua curiosità intellettuale di comparatista, quel suo relativizzare continuo che sbocca sì in una nozione sicura, in un concetto chiaro e netto, ma insuscettibile di diventare mai oggetto di culto da parte dello

---

(320) *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 338. Mette conto di riportare il testo filomusiano nella sua interezza: «questo è il concetto romanista della servitù: ma nella storia del diritto si riscontra un altro concetto, che è la conseguenza della teorica della proprietà divisa. In base a questa teorica nel diritto intermedio si considerò la servitù, specialmente di usufrutto, come un dominio utile, anziché come un *jus in re aliena*; e a questa teorica si riannoda anche la espressione, spesso usata dai pratici, che la servitù è un frazionamento della proprietà, espressione che trova il suo riscontro anche nella teoria che considera la proprietà come una unione di diritti divisi».

(321) Questo emerge anche dalla analisi spregiudicata cui egli sottopone la sistematica del Codice unitario e quella infelice e ambivalente nozione di 'modificazione della proprietà', entro la quale sono ricomprese — o meglio, con la quale sono identificate — le servitù prediali e personali. Filomusi, che non è solo storicista ma è anche conoscitore provetto del diritto intermedio, vi riconosce l'estremo residuo di passate concezioni e una traccia — entro il sistema codificato — della teorica del diritto frazionario di proprietà (cfr., ad esempio, *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 339, o *Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., p. 385).

(322) La motivazione ultima della sua adesione a quello che egli chiama il «concetto romanista della servitù» (*Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 338 o p. 343) è còlta con estrema umiltà dal giurista nello stato del diritto positivo codificato. Dopo avere infatti esposto le due differenti teoriche, la conclusione di Filomusi è modesta, sorprendentemente modesta (*Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., pp. 338-39).

scienziato o dello studente; o quel richiamo continuo a un processo storico, dove protagonisti non sono i soliti frammenti di quel paradiso di verità indiscutibili che è il Digesto, ma culture diverse col loro vario bagaglio ideale, ideologico, tecnico.

Posizione preziosa, che consentirà a Filomusi un esame disincantato della aborrita teorica del dominio diviso: non di per sé illogica e contraddittoria, come vorrebbero i romanisti che la misurano unicamente coi loro archetipi astratti, ma strumento tecnico contrastante l'indirizzo dell'individualismo possessivo (323). Per questo forse respingibile, certamente da riceversi con estrema cautela all'interno d'un assetto giuridico dalle fondazioni individualistiche (324), ma certamente anche né aberrazione né disvalore né *Unding*.

In un quadro, in cui — più che in altri giuristi — si segnala anche un certo recupero della dimensione ideologica, il modello filomusiano d'interpretazione fa pur sempre capo a una comprensione storicistica, in cui si riconosce la probità intellettuale del maestro abruzzese.

---

(323) «Non sarà inutile qualche considerazione su questa teoria. I romanisti la ritengono come illogica e contraddittoria. Quantunque noi questa contraddizione non la vediamo, pure dobbiamo riconoscere che nel diritto moderno c'è una tendenza, manifestatasi anche all'epoca della compilazione del nostro codice, a far scomparire tutte le forme di proprietà divisa: e questo deve anche mettere in guardia il giurista quando si tratta di vedere se vi sia riprodotta o no la teoria della proprietà divisa, in qualcuno dei nostri istituti. A quell'avversione contribuiscono anche le tendenze economiche, col concetto fondamentale individualista della proprietà che informa tutti i codici moderni» (*Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., p. 91, nota 3).

(324) Cfr. il testo citato alla nota precedente.

RESISTENZE DI MODELLI CULTURALI NELLA DOTTRINA GIURIDICA OTTOCENTESCA: LA NOZIONE DI USUFRUTTO NELLE RIFLESSIONI CIVILISTICHE FRANCESE E ITALIANA

1. Resistenze di risalenti modelli culturali: l'usufrutto nella nicchia della proprietà. — 2. Proprietà e usufrutto nella riflessione esegetica francese. — 3. Proprietà e usufrutto nella paleo-civilistica italiana. — 4. In particolare, di una significante reliquia: l'usufrutto causale. — 5. In particolare, della disputa sulla ipotecabilità dell'usufrutto causale.

1. Chi apre oggi la prima edizione, collocata nel lontano 1888, di quel nitido e smagliante «manuale» di nozioni giuridiche elementari rappresentato dalle «Istituzioni di diritto civile italiano» di Gian Pietro Chironi (1) trova il problema dei rapporti fra proprietà, servitù, usufrutto aggredito con la stessa consapevolezza di un civilista dei nostri anni e risolto in uno schema tanto fermo quanto chiaro e preciso. Ne esce inequivoca una struttura logica della *servitus* come *ius in re aliena*, come una realtà che presuppone ovviamente una proprietà di cui costituisce un gravame ma che si pone, per propria natura, come qualcosa di esterno, comprimente dall'esterno la sfera della proprietà senza inciderla o tanto meno frantumarla (2); una struttura logica il cui momento essenziale è la non-proprietà della cosa, la necessaria estraneità del titolare dalla

(1) G.P. Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. I, Torino, 1888.

(2) «Il concetto di proprietà non risulta dalla somma o dalla interezza di quanti diritti speciali (poteri) si possano esercitare sulla cosa: non è un prodotto nella cui composizione questi diritti si possano scernere come elementi distinti, ed è solo il potere assoluto ... ed esclusivo, che abbraccia, investe tutta la cosa. Certo, si possono su questa consentire ad altre persone poteri in forza dei quali il diritto del proprietario perde di estensione: ma essi non esistono come se staccati dalla proprietà riabbiano vita indipendente e costituiscono degli *oneri* gravanti la proprietà, il cui concetto, la cui esistenza ne è necessariamente supposta, e che col cessare di essi ridiventa libera, riottiene la estensione primitiva» (Chironi, *Istituzioni*, cit., pp. 205-206).

proprietà della cosa, sì da fare del *dominium* e della *servitus* due nozioni logicamente antitetiche.

Chironi è però, nel 1888, quasi un innovatore. Se un filo pressoché ininterrotto lega a noi la pagina del suo «manuale», alle sue spalle quel filo presto si interrompe: dietro di lui sta la breve vita della civilistica neoterica italiana (3), e il nuovo messaggio che, sempre più limpidamente, da Puchta in poi, i maestri tedeschi avevano proposto in tema di proprietà (4); dietro di lui sta la nozione rinnovata di proprietà, una nozione assolutamente compatta, concepita come totalità di poteri d'un soggetto su una cosa e pertanto unità inscindibile, quasi proiezione a livello dei fenomeni dell'unità del soggetto agente. In questa visione ogni diritto reale limitato, ogni servitù prediale, l'usufrutto trovano nella proprietà il presupposto legittimante ma non possono mai arrivare, per loro intrinseca incapacità, a partecipare della sfera della proprietà; la servitù non è mai e non può essere, in questa ottica, elemento della proprietà, perché semplice manifestazione di quella che Windscheid chiamerà efficacemente la «ununterschiedene im Eigentumsrecht liegende Macht» (5), forza indistinta e indistinguibile rispetto alla quale il diritto reale limitato si comporta come semplice onere esterno.

Ma queste erano dottrine neoteriche apprese e divulgate non molti anni prima sulla scorta di un suadente insegnamento della riflessione germanica, che, con intelligente consapevolezza, aveva tradotto in una limpida costruzione tecnica pressanti domande d'una circolazione economica del maturo capitalismo (6); apprese e

---

(3) Civilistica neoterica è la qualificazione che abbiamo proposto in un nostro precedente saggio per designare quella corrente del pensiero giusprivatistico italiano che, dopo gli anni Settanta, dapprima sporadicamente, poi con sempre più ampio seguito, rifacendosi agli insegnamenti della recente dottrina germanica, promuove un rinnovamento nella scienza del diritto privato operandone una rifondazione metodologica e un nuovo impianto sistematico (cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6 (1976-1977), p. 306 ss).

(4) GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 318 cc.

(5) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I.B., Frankfurt am Main, 1906 ^{9}, § 200, n. 3.

(6) Acute notazioni in proposito sono contenute nella raccolta di saggi di F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Kronberg, 1975.

divulgate da una civilistica che aveva inteso separarsi dalla tradizione consolidata e rompere con essa. Quando, infatti, in Italia, dalla metà degli anni Settanta in poi, Bellavite e i suoi discepoli spirituali (fra cui Chironi) cominceranno a farsi portatori d'una nozione etico-giuridica di proprietà affatto diversa per sua inconfondibile essenza da quella dei singoli diritti reali limitati e si daran da fare per erigere un invalicabile steccato fra quella e questi (7), non v'è alcun dubbio che si tratterà di un'operazione culturale dal segno addirittura opposto rispetto a quanto, in Italia (ma anche in Francia), la *jurisprudentia* aveva faticosamente fissato.

Per tutti i primi ottanta anni del secolo, con propaggini che si spingono fino agli scorci estremi, la civilistica imperante in Italia — quella che, in un precedente studio, proprio per i suoi prevalenti motivi ispiratori, abbiam creduto di poter qualificare come paleo-civilistica (8) — porta innanzi un disegno della proprietà come realtà complessa, somma di tante situazioni soggettive che, in caso di distacco, dànno vita a entità formalmente autonome ma effettivamente incarnanti una frazione del *dominium*: i varii diritti reali limitati, cioè le servitù — come allora si diceva — prediali e personali. Questa civilistica segnala una dipendenza immediata dalla riflessione esegetica francese e, insieme coi francesi, una discendenza mediata ma sostanziale dai secolari modelli della tradizione del diritto comune, che rivoluzioni individualistiche e codificazioni non son valse a sgombrare dal lentissimo costume giuridico e dalla segreta adesione del ceto dei giuristi (9).

La dottrina ottocentesca della proprietà, prima di arrivare ai rivoli neoterici che maturano negli anni Ottanta, è impregnata di vecchie ascendenze culturali, di vecchi archetipi costruttivi con un clamoroso grado di incidenza anche sul piano legislativo. Come abbiam dimostrato in altra sede, il pensato e sensato modello che della proprietà aveva definito il diritto comune vive con una inso-

---

(7) Su Luigi Bellavite (1821-1885), che fu professore a Padova e la cui produzione scientifica più interessante risale al decennio fra il 1870 e il 1880, basti rinviare a quanto ne abbiamo scritto in *Tradizioni e modelli*, cit., p. 325 ss.

(8) Per una simile qualificazione e soprattutto per i caratteri della scuola, cfr. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 255 ss.

(9) GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 209 ss.

spettabile energia non solo nelle opere dei giuristi ma tra le stesse pieghe della nuova legislazione, fra quei Codici che pur dovevano essere i capisaldi portanti del nuovo assetto giuridico (10). La stessa architettura sistematica del libro secondo del Codice Napoleone (e di tutti i Codici da questo discendenti) (11), imperniato sulla articolazione fondamentale «propriété-modifications de la propriété», immobilizzando la gamma dei varii diritti reali limitati nella nozione comprensiva di «modificazione della proprietà», dimostrava la tendenza a risolvere il problema generale dei diritti reali all'interno dello schema della proprietà costruendo il sistema stesso degli *jura in re* come un insieme di gradi di appartenenza quantitativamente ma non qualitativamente diversi, e perciò legati da un nesso osmotico ininterrotto.

E quale altra mai era stata la conclusione ultima del diritto comune, se non il pensare i diritti reali all'interno della proprietà, con un assorbimento che è, per un verso, partecipazione di queste situazioni alla sfera proprietaria e, per un altro, indistinzione tra sfera del *dominium* e quella dei diritti su essa gravanti? (12) Se una tale impostazione tecnica aveva un senso compiuto e una sua perfetta storicità nella civiltà del diritto comune protesa a dissacrare e a minimizzare la proprietà elevando e valorizzando diverse situazioni reali, in un mondo socio-economico come quello del primo Ottocento che fondava la propria rivoluzione culturale in una nozione ormai eticizzata di proprietà, simili scelte tecniche da parte dei giuristi non avevano alcun senso e suonavano anzi d'un pensante misoneismo. La proprietà, nell'assetto sociale del nuovo regime, proprio in quanto valore etico-politico, esigeva dalla costruzione giuridica una netta separazione concettuale e, più ancora, una antitesi logica con il restante coacervo di situazioni sulla cosa. Ma perché ciò avvenisse occorreva attendere la matura

---

(10) *Tradizioni e modelli*, cit., p. 216 ss.

(11) Così, in Italia, il *Codice del Regno delle due Sicilie*, il *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, il *Codice civile per gli Stati Estensi*.

(12) Ci sia consentito di rinviare il lettore alle nostre conclusioni di qualche anno addietro. Cfr. *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus*, N.S., XVIII (1967) e *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*, Padova, 1968, *passim*.

pandettistica in Germania e, in Italia, la civilistica neoterica di Bellavite e dei suoi (13).

Prima, prima di loro, servitù prediali e personali continuano ad essere idealmente collocate nella nicchia ospitale della proprietà, a essere pensate come dei *démembrements*, dei frazionamenti della proprietà, come ripetono a scialo i civilisti francesi e italiani (14).

La testimonianza che ne emerge è per lo storico del diritto di notevole rilievo: il misoneismo dei giuristi e la resistenza di antiche convinzioni giuridiche al di là degli steccati politici e sociali si scontrano con le nuove idealità, si scontrano ancor più con i dettati legislativi, dove venature retrospettive si mescolano a proposizioni innovatrici (15). La testimonianza è spesso ambigua, tormentata, intessuta di incoerenze, e perciò storicamente rilevante, come crediamo di aver già sottolineato in un ampio saggio di appena due anni fa (16). Quel che oggi vorremmo, nelle pagine che seguono, è esaminare un campione particolarmente illustrativo di queste resistenze e di questo disagio che dominano gli interpreti.

Sul terreno dell'usufrutto il conflitto diventa conflitto fra due diverse tradizioni culturali, quella medievale sedimentatasi poi nella sistemazione del diritto comune e quella classica ripresa e rinvigorita dai filoni di pensiero umanistici e post-umanistici (17): nell'espe-

---

(13) Bellavite, infatti, che per primo in Italia rompe gli indugi rovesciando le conclusioni della dottrina tradizionale, respinge come concettualmente scorretta la nozione di 'modificazione della proprietà': «taluni ravvisarono nelle servitù altrettanti diritti distaccati dalla proprietà. E ciò si è voluto per avventura indicare chiamando le servitù *modificazioni della proprietà*. Ma quell'idea non è esatta. La servitù non sottrae una porzione della proprietà, ma la limita, la comprime, a così dire, soltanto» (L. BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile soltanto per l'indirizzo de' giovani studenti*, Padova, 1873, p. 175).

(14) Per alcune significative testimonianze degli esegeti francesi, cfr. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 223 ss. Per ampie citazioni della paleo-civilistica italiana, cfr. *ibidem*, p. 287 ss.

(15) GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 255 ss.

(16) Ci riferiamo al saggio, che abbiamo avuto l'occasione di citare parecchie volte: *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà.*

(17) Il tema è ancora tutto da studiare. Insoddisfacente il rinvio a E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, pp. 107-113. Una felice ma stringatissima sintesi — come si conviene a una trattazione di diritto civile positivo — è in G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso*

rienza intellettuale del Medio Evo l'usufrutto subisce la stessa sorte della generalità dei diritti reali, vede attenuarsi il suo carattere di *servitus* e diviene una dimensione della proprietà o magari soltanto una sua frazione; nella ripresa umanistica si riaffina l'analisi, che era stata dei classici, ferma nella separazione concettuale fra *dominium* e *ususfructus* nella affermazione che all'usufruttuario spetti soltanto un diritto su cosa altrui senza ulteriori implicazioni.

La dottrina ottocentesca è esattamente al centro di questo bivio, potrebbe imboccare l'una o l'altra strada, operare una scelta netta, ma non lo fa. Due coscienze, o, se vogliamo, due anime convivono in essa prima che un'acquisita robustezza culturale e ideologica gli consenta di scrollarsi di dosso una delle due conclusioni. Per ottanta anni — o giù di lì — essa è irretita da un groviglio di convinzioni; e ne esce un messaggio forse contraddittorio ma senza dubbio complesso.

È una dottrina che dimostra a chiare note di non aver potuto risolvere nettamente il fondamentale problema teorico che si presuppone all'indagine sull'usufrutto, quasi prigioniera di secreti condizionamenti. Da parte dei giuristi si ha coscienza che sia troppo semplicistica la soluzione che fissa la posizione dell'usufruttuario nella proprietà di quell'entità incorporale che è lo *ius ususfructus*, ma che la sua situazione reale sia duplice, non si arresti qui ma arrivi anche ad incidere nella sfera della proprietà della cosa, insinuandosi nella più riposta struttura della cosa stessa. Il vitalissimo modello culturale medievale sembra non soffrire usure, sembra essere — discretamente ma imperiosamente — il modello che questi giuristi nutrono dentro di sé.

Le pagine che seguono vogliono verificare e documentare una tal convinzione, studiando per ora due aree a diritto codificato, quella francese e quella italiana. Non è una scelta artificiosa od occasionale; la presenza, in Francia e in Italia ([18]), di codificazioni privatistiche dal preciso stampo post-rivoluzionario recanti già al

---

e abitazione, Torino, 1956 (*Trattato di diritto civile italiano*, dir. da F. Vassalli, volume quarto, tomo quinto).

([18]) Com'è noto, nella più gran parte degli Stati preunitari italiani si compilano Codici sul modello del grande apparato napoleonico. Lo stesso — più tardo — Codice unitario del 1865 trova nel Codice civile il modello ispiratore.

proprio interno più di un segno di contraddizioni, non può che acuire il disagio della *interpretatio* facendo di queste due dottrine una testimonianza particolarmente sensibile e storicamente assai viva.

2. Con alle spalle l'identificazione legislativamente codificata dell'usufrutto in una «modificazione della proprietà», i primi esegeti del *Code civil*, uomini fra due culture ma educati nel clima dell'antico regime ([19]), ebbero buon gioco nel dimenticare il problema retorico racchiuso nell'art. 544 e nel ribadire — secondo le loro più profonde convinzioni — la nozione dell'usufrutto come «démembrement de la propriété ([20]); ciò che è più notabile è che questa ottica restò anche in chi si poneva a leggere con occhiali strettamente romanistici la vicenda dell'istituto ([21]).

Toullier è particolarmente eloquente in proposito: «Les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie, concédée à un tiers, des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est evident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement» ([22]); con la tranquilla immancabile conseguenza che «l'usufruit est un démembrement de la propriété» ([23]). L'architettura del giurista ha il pregio di svelarsi nitidamente anche nei presupposti teoretici: la proprietà perfetta è una situazione reale complessa formata dalla riunione di un fascio di situazioni reali semplici ciascuna delle quali è porzione di proprietà e pertanto partecipazione piena della sfera della proprietà. E ci si compiace di

---

([19]) Cfr. J. BONNECASE, *L'Ecole de l'exegèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, 1924², p. 26.

([20]) Per una prima analisi, basti per ora rinviare a quanto abbiamo puntualizzato in *Tradizioni e modelli*, cit., p. 229. Citazioni più precise saranno fatte in seguito.

([21]) Per esempio da C.A. PELLAT, *Exposé des principes generaux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, Paris, 1853², volume dalla intitolazione eloquente di per sé (ma si vedano concretamente le pp. 1-4); o da GENTY, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le droit romain*, Paris, 1854, pp. 2-3.

([22]) C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Bruxelles, 1837, t. II, n. 95.

([23]) TOULLIER, *Le droit civil français*, cit., t. II, n. 389.

fissare senza equivoci la naturale connessione fra dominio e diritti reali limitati, quasi che i secondi fossero parti integranti del primo. Il problema vasto e vario della appartenenza d'un bene è colto qui in una gamma di gradazioni fra le quali non si pone alcuna differenza qualitativa ma solo una diversità di ampiezza, restando fermo il dato accomunante d'una comune natura.

Circostanza significativa è che questo patrimonio concettuale, che poteva storicamente giustificarsi nel primo nascere della scuola, non resta confinato nei corsi di Delvincourt (24) o di Toullier (25) quasi ancora sullo spartiacque che divide antico e nuovo regime, ma è riaffermato senza un'esitazione nei maturi commentarii di un Duranton (26), di un Demolombe (27), di un Marcadé (28), ormai distanziati dai tempi eroici della prima esegesi, per entrare indiscusso nella trattatistica speciale (29) e nelle stesse compilazioni dei pratici (30).

L'usufrutto è uno di quei *diritti elementari* di cui si compone il diritto di proprietà (31), una situazione che, unita ad altre, dà vita al diritto di proprietà, gli consente di poter affermarsi e consolidarsi; una situazioni elementare ma perennemente autonoma, che ha una esistenza apparente e tangibile solo nel momento del distacco, ma che serba una propria conformazione già all'interno della nicchia della proprietà che concorre a creare, e che perciò già in questa fase interna possiede una sua esistenza latente, una sua vitalità. Non è

---

(24) C.E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. II, Bruxelles, 1827, p. 337.

(25) TOULLIER, *Le droit civil français*, cit., t. II, soprattutto nn. 94 e 95.

(26) A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, Bruxelles, 1841 [4], t. II, n. 1270.

(27) C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. V, Bruxelles, 1854, soprattutto p. 311 n. 216.

(28) V. MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 1855 [5], t. II, n. 455.

(29) Oltre ai lavori precitati di Pellat e di Genty, si vedano come particolarmente significativi J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. I, Bruxelles, 1833, chap. I, n. 5, e N.M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes) suivant le droit naturel, le droit romain et le droit Français*, Paris, 1858.

(30) *Exempli causa*, J.M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code civil*, t. I, Bruxelles, 1838, p. 307.

(31) È chiarissimo un testo di A. MARCADÈ, *Explication*, cit., t. II, n. 455.

arrischiato affermare che perdura in queste conclusioni la visione — propria ai medievali — secondo la quale è nelle singole tessere del mosaico proprietà che risiede la forza dirompente dell'istituto, cioè nell'*uti*, nel *frui*, nell'*abuti*, che mantengono singolarmente, da sempre e per sempre, in una concezione assolutamente frazionistica del dominio, la propria carica autonoma.

Proprietà è soltanto l'entità complessiva; non la sintesi, ma piuttosto la somma di elementi semplici, primo fra i quali sta l'usufrutto. Con un rapporto preciso, che è quello fra il tutto e la parte; e se ne trae la più sensata delle deduzioni: «l'usufruit est un démembrement de la propriété, une partie du droit de propriété; or la partie ne peut pas être d'une autre nature que le tout» (32). L'usufrutto partecipa della natura della proprietà, né potrebbe essere altrimenti, giacché, sul piano dell'appartenenza, è configurabile semplicemente come l'appropriazione di un elemento primordiale della cosa. L'usufrutto è e non può non essere *una* proprietà (33).

Ma proprietà di che? Demolombe, cui si deve l'insegnamento ora riportato, sembra suggerire: proprietà della cosa (34). Il dominio è il risultato di più elementi che si uniscono, che si assommano, ciascuno dei quali si configura correttamente come proprietà parziale. La titolarità anche di uno solo di questi elementi ha per conseguenza di render *propria* la cosa a un soggetto non nella pienezza dei suoi contenuti ma per quel solo contenuto che coglie come oggetto specifico.

La cosa rivela la sua complessità sul piano economico e giuridico, ma anche la sua scomponibilità, come scomponibile è il fascio di poteri che da essa possono derivare per un soggetto. A ogni dimensione della cosa corrisponde un potere affatto separabile, *una* proprietà che, in quanto funzionalmente divisa, può essere autonomamente considerata e può sovrapporsi a un'altra proprietà sulla stessa cosa ma funzionalmente diversa. Né fa meraviglia che nella costruzione impostata da Demolombe la cosa gravata da

---

(32) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, cit., t. V, p. 311, n. 216.

(33) Affermazione frequente; vedila, p.e., in PROUDHON, *Traité*, cit., p. III, e in DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, cit., t. V, p. 312, n. 220.

(34) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. V, n. 216.

usufrutto appaia contemporaneamente come l'oggetto di due diritti di ugual natura, il diritto reale del nudo proprietario e il diritto reale dell'usufruttuario (35), due proprietà imperfette impegnanti diverse dimensioni della *res* e con diversa funzione. Lo schema della proprietà divisa è sottostante a queste proposizioni d'un giureconsulto del maturo Ottocento, un giureconsulto, per giunta, che nulla ha a spartire con l'antico regime ma che nasce, come encomiasticamente sottolineano i suoi biografi (36), nello stesso anno di promulgazione del *Code civil*; ed è grazie a questo schema concettuale portato fino alle estreme conseguenze che Demolombe può avviare un tentativo di sistemazione dell'usufrutto: si tratta di un potere che, al pari della nuda proprietà, impegna direttamente e immediatamente la cosa, che è una delle proprietà pensabili della stessa *res*.

Ma, e l'art. 578? E la definizione legislativa che crede di cogliere l'essenza dell'usufrutto nel diritto di godere di cosa «dont un autre a la propriété»? Non sarà che il bene corporale «réside toujours sur la tête de celui qu'on appelle le nu propriétaire»? E che l'usufrutto sia proprietà d'un bene incorporale? (37). Il principe degli esegeti (38), messosi di fronte al dettato dell'articolo, costringe il proprio discorso fuori dell'alveo coerente nel quale l'aveva avviato. Quasi come nelle *quaestiones* degli antichi dottori, due tesi sembrano opporsi, ed ambedue parimente suadenti. Né i testi romani giovano a dipanar meglio l'intricata matassa: se un frammento di Paolo e un passo delle Istituzioni parlan chiaro a favore della servitù (39), un altro testo dello stesso Paolo considera l'usufrutto come *pars dominii* (40). Di qui l'impaccio dell'interprete, e l'affiorare e il rafforzarsi, fra le pieghe di perplessità esegetiche, d'una convinzione di fondo: «c'est que'en effet l'usufruit, à la différence des servitudes réelles ou prédiales, a une

(35) «La chose grevée d'usufruit est donc en même temps l'objet de deux droits de même nature: du droit réel du nu propriétaire et du droit réel de l'usufruitier» (DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, cit., t. V, p. 311, n. 216).

(36) Vedi quanto scrive BONNECASE, *L'École de l'exégèse*, cit., p. 97, nota 1.

(37) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, cit., t. V, p. 312, n. 219.

(38) È la qualificazione che gli tributa il BONNECASE, *L'École de l'exégèse*, cit., p. 95.

(39) D. 50, 16, 25, pr. e INST. 2, 20, 9.

(40) D. 7, 1, 4.

existence propre; c'est qu'il subsiste par lui-même, comme un bien distinct, et indépendamment de la propriété de tout autre bien; c'est qu'il constitue dès lors, dans le patrimoine de l'usufruitier, un bien véritable, et nous allions presque dire une propriété» (41).

Tra perplessità e ambiguità del discorso, dietro i condizionamenti esegetici operati dall'art. 578, è il principio della «modificazione della proprietà» — peraltro accolto dal Codice come intelaiatura sistematica — a prevalere. E prevale la convinzione sotterranea, tarda a morire anche se di origine remota, che proprietà è, più che totalità e assolutezza, autonomia di poteri immediati e diretti sulla cosa.

Deludente, se mai, è la conclusione d'un così tortuoso e tormentoso itinerario, troppo salomonica per soddisfare il lettore che ha seguito Demolombe attentamente facendogli credito: nel diritto codificato francese, sono ancora parimente valide le due concezioni dello istituto, perché «sous certains rapports on peut dire que l'usufruit est une partie détachée de la propriété ... mais sous d'autres rapports, il ne constitue véritablement qu'une simple charge de la chose sur la quelle il s'exerce» (42).

Se ci siamo dilungati su una pagina non certo esemplare per interna coerenza, è perché si tratta, a nostro avviso, d'una testimonianza paradigmatica: la resistenza di precedenti modelli culturali nella costruzione tecnica dell'usufrutto è chiaramente percepibile, e percepibile l'imbarazzo che domina l'interprete. È il privilegio storico di Demolombe, quello di dimostrare d'essere un uomo di frontiera: l'esigenza d'una rigorosa esegesi testuale dell'art. 578, il doveroso inserimento sistematico dello stesso articolo nell'ambigua architettura del Codice e, sotterraneamente, un modello costruttivo assai pervicace confluiscono nella sua lettura del *Code civil.* I suoi occhiali sono divenuti troppo spessi perché la lettura ne esca piana, lineare: i motivi che si annodano turbano l'armonicità della riflessione. L'incoerenza è però qui segno di acuita storicità, di dibattito interiore fra il perdurare di due schemi interpretativi che si sono venuti a sovrapporre.

Più distesa di molte altre, più dichiarata nelle sue ambivalenze,

---

(41) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil,* cit., t. V, p. 312, n. 220.

(42) loc. ult. cit., p. 313, n. 221.

la pagina di Demolombe non è isolata: lo stesso andirivieni concettuale è palese nel corso di Duranton (43) ed ha dimensioni macroscopiche nella più ampia trattazione monografica civilistica che esca dallo ambiente sul tema delle servitù personali: quella di Proudhon.

Ben al centro del preambolo prefazionale ai due tomi che Jean Baptiste Victor Proudhon stampa nel 1823 campeggia assoluto l'insegnamento che «l'usufruit ainsi que l'usage et le droit de superficie, sont chacun une propriété pour celui qui les possède» (44). Frasario che viene spesso, di poi, ripetuto, ma frasario insoddisfacente nella sua assolutezza, proprio perché manca ogni riferimento all'oggetto di queste proprietà e alle loro capacità incisive. Che voglia intendere il giurista non è facile a capire tra incertezze notevoli di indole logica, che si ripercuotono inevitabilmente sulla qualificazione dogmatica dell'istituto: se, da un lato, si afferma infatti che «la constitution d'usufruit emporte aliénation de partie de la chose» e che «elle opère un démembrement de propriété» (45), dall'altro si afferma anche l'usufrutto non è «une partie matérielle du fonds» (46): se si precisa che «comme faculté de jouir d'un fonds appartenant à un autre l'usufruit, considéré dans ce sens abstrait, est un droit incorporel; c'èst un droit de servitude personnelle» (47), si precisa altresì che «le plein domaine du fonds soumis à l'usufruit appartient donc, sous différens rapports, tant au légataire de l'usufruit qu'à héritier» (48); se si arriva a considerare «l'usufruitier et le propriétaire comme deux communiers» (49), si aggiunge tuttavia subito dopo che «on ne trouve pas entre eux le fondement d'une communion proprément dite dans le matériel de la chose» (50). La pagina di Proudhon resta insomma grezza e informe con le sue proposte appena abbozzate, con le sue incertezze di fondo. La forza dell'istrumentario tecnico romanistico — ben conosciuto dal giurista

(43) DURANTON, *Cours de droit civil, cit.*, t. II, n. 1270.
(44) PROUDHON, *Traité*, cit., p. III.
(45) PROUDHON, *Traité*, cit., p. 3, n. 5.
(46) PROUDHON, loc. ult. cit.
(47) PROUDHON, *Traité*, cit., p. 2, n. 3.
(48) PROUDHON, *Traité*, cit., p. 3, n. 7.
(49) PROUDHON, loc. ult. cit.
(50) *Ibidem*.

— ha qui una sua presa, ma non basta a scioglierlo dal viluppo in cui si dibatte.

Più liberata è invece l'intelligente trattazione monografica neoromanistica di Genty, professore a Dijon, in cui la coerenza si salva grazie a un contrappunto costante fra lo stato della dottrina contemporanea e la realtà tipicissima delle fonti classiche (51). Se nello sfondo persiste una nozione di proprietà come entità complessa e dell'usufrutto come smembramento di essa, come parte di un tutto, la fedeltà romanistica lo porta a segnare nettamente diversità sostanziali fra quella dottrina e queste fonti: il proprietario ha sempre, per diritto romano, una cosa corporale come oggetto del suo potere, mentre l'usufruttuario — al pari del titolare di ogni servitù o addirittura di un credito — ha nella propria disponibilità non già una cosa sensibile, ma semplicemente il suo *ius ususfructus*, ossia una *res incorporalis*.

Partecipazione o estraneità alla proprietà della cosa: il dibattito latente sulla natura giuridica dell'usufrutto corre fra questi due poli, ma, se affiora in interpreti colti e sensibili ai problemi dogmatici, più spesso la teoria del *démembrement* è supinamente e forse talora inconsapevolmente accettata.

Che il filo sotterraneo che percorre la scuola sia un atteggiamento di persistenza di vecchi modelli è testimoniato, più ancora che dagli imbarazzi e dalle incoerenze di un Demolombe di un

---

(51) «La propriété est donc un droit complexe, c'est-à-dire qu'elle comprend plusieurs éléments.... Ces divers éléments peuvent se séparer et appartenir à des personnes différentes... en ce cas les divers éléments du droit de propriété résident sur ... têtes differentes; on dit alors que la propriété est démembrée; et ce sont ces démembrements de la propriété qui constituent l'usufruit et les diverses servitudes. Tel est du moins la language actuel de la doctrine» (GENTY, *Traité*, cit., pp. 2-3). Fin qui, il giurista che contempla la realtà della dottrina circostante, ma quando lo stesso giurista inforca occhiali più rigorosamente romanistici, la messa a fuoco muta sensibilmente: «la propriété ... ne se rencontre pas dans la nomenclature des choses qui consistent en un droit ... tandis qu'on y trouve l'usufruit et les servitudes, qui n'en sont que des éléments. Est-ce-que le tout n'est pas de la même nature que ses parties? Non; dans le langage et la théorie du droit romain, l'usufruit et les servitudes ne sont pas de la même nature que la propriété. Le propriétaire n'a pas une chose incorporelle. Ce qu'il a, c'est ce qui tombe sous les sens, c'est l'obiet ayant un corps; c'est donc une chose corporelle. Tandis que celui qui a un usufruit, une servitude, une créance, n'a rien qui tombe sous les sens: ce qu'il a, n'a pas de corps; c'est donc une chose incorporelle» (op. ult. cit., p. 4).

Duranton di un Proudhon, dalla riflessione di François Laurent, i cui *Principes de droit civil français* — opera della già declinante maturità della scuola — riassumono fedelmente, col loro pensiero organicamente sistemato, il senso del complesso itinerario precedente.

Nella tarda pagina di Laurent riemerge, senza mascherature, la vecchia tesi della sepolta proprietà divisa. Siamo alle soglie degli anni Settanta, ma si potrebbe credere la traduzione francese di un commentario di Bartolo; Bartolo illustrante nel suo apparato al Digesto Nuovo la teorica del dominio diviso non avrebbe potuto esprimersi con maggiore eloquenza. Lasciamo allo scrittore la parola: «L'usufruit est donc une servitude. Toute servitude est un démembrement de la propriété. Quand une chose est grévée de servitude, la propriété en est démembrée, en ce sens qu'un attribut essentiel de la propriété en est séparé ... Il résulte de là qu'une seule et même chose appartient à deux personnes à des titres différents: ou peut dire que l'un et l'autre sont propriétaires à certains égards. Pour le nu propriétiare, cela ne fait pas de doute, puisque la loi lui donne le nom de propriétaire, et il est certain qu'à l'expiration de l'usufruit, la propriété entière, absolue, lui reviendra, le démembrement n'étant que temporaire. Toujours est-il que, tant qu'il subsiste, la propriété est partagée entre le nu propriétaire et l'usufruitier, chacun en a une fraction» (52).

Metteva conto di riportare per esteso il lungo passo laurentiano, perché reca in sé dichiarazioni e motivazioni esplicite. La premessa sta nella concezione della proprietà come potere complesso, riunione di attributi e di poteri a questi attributi connessi. Un potere complesso e unitario sì ma *naturalmente* smembrabile, con la conseguenza altrettanto naturale che ciascuna porzione — proprio perché connessa a un attributo/elemento primario — serberà sempre anche dopo il distacco un *aliquid proprietatis*, sarà una proprietà imperfetta, ma una proprietà.

La coerenza sistematica è notabile: ai diversi elementi corrispondono diversi poteri, e a questi non potranno non corrispondere diverse proprietà con contenuti e funzioni diversi. È chiaro il collegamento spirituale con quel risalente filone di pensiero che fissa

(52) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VI, Bruxelles, 1876, p. 411.

l'idea del *dominium*, di ogni *dominium*, nella sussistenza di poteri autonomi, immediati e diretti, sul bene corporale. L'usufruttuario è uno di questi proprietari, anche se la sua situazione è profondamente diversa da quella del nudo proprietario. Ammettere che si tratti di poteri a contenuto diverso non significa negare per questo a taluno di essi in favore di altri il carattere proprietario, giacché esistono gradi e qualità diverse dell'appartenenza, gradi e qualità diverse di partecipazione alla sfera della proprietà. Né suonano smentita la elementare constatazione, da Laurent fatta subito dopo, che il Codice non conferisce mai all'usufruttuario quel carattere, e l'affermazione che il *nudus dominus* è «le vrai propriétaire» (53). Chi ha pratica delle opere degli antichi dottori sa benissimo che soltanto al *dominium directum* essi riservavano la denominazione di *verum dominium* senza per ciò deflettere di un passo dalla operazione culturalmente impegnativa di costruire delle proprietà concorrenti forse di inferiore dignità, ma senza dubbio di maggiore rilevanza economica e di più larga incisività sociale.

3. Se l'assetto del Codice napoleonico con la sua ambigua armatura sistematica poté consentire agli esegeti francesi di continuare indisturbati a proporre risalenti modelli di costruzione del rapporto fra proprietà e usufrutto, la legislazione privatistica che vede la luce in Italia nell'età della Restaurazione doveva necessariamente fornire più di un incentivo ai giuristi italiani per insistere su un simile orientamento.

Gli appigli testuali da impliciti qui diventano espliciti. Nel napoleonico Codice civile del Regno d'Italia e nel Codice civile del Regno delle Due Sicilie una innocua formulazione del *Code civil* (54) si trasforma nella puntuale e significativa affermazione che «si può avere sopra i beni un diritto di proprietà o il semplice diritto di usufrutto» (55), dalla quale — sia pure indirettamente — l'usufrutto emerge come elemento *semplice* di quella realtà *composta e com-*

(53) LAURENT, *Principes de droit civil français*, cit., t. VI, p. 412.

(54) Ci riferiamo all'art. 543: «On peut avoir sur les biens, ou un droit de proprieté, ou un simple droit de jouissance».

(55) *Codice civile del Regno d'Italia*, art. 543; *Codice pel Regno delle Due Sicilie*, Parte prima - Leggi civili, art. 468.

plessa che è la proprietà: ma — più ancora — in quel singolare testo normativo che è il Codice parmense si dichiara appartenere «al dominio imperfetto» l'usufrutto insieme alle altre servitù prediali e personali ([56]), mentre nel Codice ticinese — che del parmense subisce un rilevante influsso ([57]) — si giunge alla netta equiparazione fra usufrutto e dominio utile ([58]). Comunque, sia parlando di dominio imperfetto, sia di dominio utile, si offriva all'attenzione della nascente scienza civilistica italiana alcuni precedenti autorevoli e immediati per convalidare un'immagine dell'usufrutto all'interno della nicchia della proprietà, esso stesso una delle proprietà possibili sulla cosa.

Chiariamo subito che, quando, d'ora in avanti, parleremo di civilistica italiana, intenderemo riferirci ai maestri che lavorano nei decenni immediatamente successivi all'unità. La scienza giuridica dei vecchi Stati preunitari della penisola, nei decenni che vanno dalle Codificazioni francesi all'unità, è infatti scarsa e di modestissimo

---

([56]) «Appartengono al dominio imperfetto l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le servitù» (*Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, art. 414). Questo articolo va messo in rapporto con gli artt. 404 («Il diritto di disporre della cosa costituisce la proprietà», 405 («Il diritto di solamente godere della cosa costituisce l'usufrutto»), 406 («L'unione di questi diritti forma il dominio perfetto»), 407 («Se l'uno di questi due diritti in tutto o in parte sia disgiunto dall'altro, il dominio è imperfetto»), in connessione con i quali può essere rettamente interpretato nell'ambito della generale architettura del Codice intorno ai diritti reali.

Nel testo abbiamo qualificato come singolare il codice parmense per essere il frutto di un compromesso fra correnti filofrancesi e correnti filoaustriache e per proporsi quindi allo storico del diritto come una fusione fra i contenuti del *Code Napoléon* e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austriaco.

([57]) Ciò è palese dalla stessa intelaiatura del Codice in tema di diritti reali. È questo — ci sembra — anche il risultato cui perviene G. PATOCCHI, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice civile ticinese del 1837*, Bellinzona 1961, soprattutto p. 142 ss., saggio utilissimo di cui dobbiamo soltanto lamentare l'incompiutezza.

([58]) «Il diritto limitato al godimento della cosa dicesi dominio utile, ossia usufrutto» (*Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino*, art. 179). Non sarà disutile leggere l'intero art. 179, che così prosegue: «Il diritto di disporre della sola sostanza della cosa costituisce il dominio diretto, ossia la nuda proprietà. L'unione di questi due diritti forma il pieno dominio, ossia la proprietà assoluta. Se l'uno di questi due diritti sia in tutto od in parte disgiunto dall'altro, il dominio è meno pieno».

livello almeno nelle zone a diritto codificato (59), mentre è indubbio che la grande codificazione del 1865 ha il merito di sollecitare e dare l'avvio a un ricco lavorio esegetico e sistematico.

In questa dottrina la lezione dei francesi è pienamente ricevuta. Un autorevole commentatore del nuovo Codice, il Pacifici Mazzoni (60), che pubblica il suo commento nello stesso anno di promulgazione, parla a chiare note; insoddisfatto della dizione ambigua «modification de la propriété» egli preferisce qualificare la servitù come «proprietà modificata» quasi per non permettere di dubitare che il campo delle servitù è il campo stesso della proprietà (61).

Sembra che i vecchi imbarazzi tanto frequenti nella scuola esegetica d'oltralpe siano pressoché dimenticati, e il discorso dei giuristi non tradisce incertezze: il modello medievale, che aveva turbato il sonno dei francesi, regna qui indisturbato. Non dimentichiamo infatti che in Italia, ancora alla metà dell'Ottocento, il diritto comune è realtà viva e vigente nel Granducato di Toscana e negli Stati della Chiesa (62) e che molti dei giuristi che operano sotto il Codice unitario si sono nutriti dei suoi schemi costruttivi (63). Per il Pacifici Mazzoni, che vive parte della sua vita come suddito pontificio, quegli schemi suonano familiari, ed è comprensibile che egli pretenda candidamente di immetterli nelle trame del diritto codificato. L'insegnamento è netto: «il diritto di usufrutto rende propria dell'usufruttuario la cosa, su cui è stabilito, per ciò che riguarda il godimento, onde è detto parte della proprietà» (64). La scomposizione della cosa in sezioni autonome e la conseguente definizione di

(59) Anche se la prospettiva non cambia. A mero titolo d'esempio, si rinvia a un distinto giureconsulto che opera nell'ambito del Regno sardo e sotto l'impero del Codice sardo, E. PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, volume primo, Torino, 1856, convintissimo «che la servitù è un vero smembramento di proprietà» (p. 372).

(60) Emidio Pacifici Mazzoni (1834-1880), professore alle università di Modena e di Roma. Su di lui basti rinviare a quanto ne scrisse G.P. CHIRONI, *L'opera di E. Pacifici Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia*, ora in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, parte generale, parte speciale - Diritti reali, Torino, 1915, p. 77.

(61) E. PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze de' dottori e la giurisprudenza*, lib. II, vol. I, Roma, 1865, n. 288.

(62) Almeno per quanto riguarda il campo del diritto privato.

(63) Cfr. quanto abbiamo avuto occasione di precisare nel nostro saggio *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, cit., p. 255 ss.

(64) PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., n. 293.

tanti poteri autonomi che da quelle promanano e su quelle si riversano come tante proprietà è acquisizione non seriamente discutibile per l'interprete marchigiano, che di lì a poco la ripeterà nel suo fortunato «manuale» istituzionale e nelle successive, fitte, edizioni del «commentario» (65).

È però in Francesco De Filippis che i vecchi modelli si impongono in tutta la loro portata; e si tratta di un giurista vissuto sempre all'interno del Regno meridionale (66), in un ambiente che vede nascere il primo Codice italiano preunitario e dove, nel 1870, anno in cui il De Filippis scrive, sono vigenti ormai da più di cinquanta anni delle codificazioni. Se il discorso di Pacifici Mazzoni è fermo e saldo, saldissimo nel suo patrimonio di verità incrollabili e indiscutibili ci sembra quello del professore napoletano: «La proprietà rappresenta l'intero... I diritti reali rappresentano le frazioni, perché sono elementi della proprietà... Le frazioni per quanto minime in proporzione sono della stessa natura dell'intero. Quindi nei diritti reali si rattrovano quei medesimi caratteri che sono nella proprietà. È questa la ragione per la quale anche i diritti reali sono chiamati proprietà con l'aggiunta di semipiena per distinguerla dalla proprietà intera che è detta proprietà piena» (67).

Testo eloquentissimo quant'altro mai: il sistema dei diritti reali si è ridotto a un sistema di proprietà piene e semipiene; tutto è visto all'interno di uno schema proprietario estremamente dilatato, in cui i *dominia* pensabili sulla cosa non sono che una determinata quantità di appartenenza funzionalmente diversa a seconda che incida sulla *substantia rei* o sulla *utilitas rei.*

La posizione giuridica dell'usufruttuario discende ineluttabile: «appartiene il godimento all'usufruttuario come appartiene la nuda proprietà al proprietario» (68). Linguaggio preciso, tecnicamente preciso, che afferma la scomposizione funzionale della *res* in due

---

(65) E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, libro secondo, Firenze, 1867, nn. 82, 83, 85. Si veda poi, dello stesso Autore, una edizione ben più tarda del 'Commentario': *Codice civile italiano commentato - trattato della distinzione de' beni, della proprietà e delle servitù personali*, Firenze, 1882 [4], nn. 300 e 306.

(66) Su di lui pochi cenni in *Tradizioni e modelli*, cit., p. 277.

(67) F. De Filippis, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, vol. III, parte speciale - Codice civile, Napoli, 1870, p. V.

(68) De Filippis, *Corso*, cit., p. 3.

elementi primordiali cui, a certe condizioni, possono far capo due poteri autonomi correttamente configurabili come proprietà. È inutile ripetere ancora una volta che il nodo sistematico intrecciato con tanta abilità da Glossatori e Commentatori sul tema grosso dei diritti reali è incombente; non ci sentiremmo, certo, di dire che vive ora, nell'anno di grazia 1870, una sua vita rinnovata, ma — questo certamente sì — che perdura a impregnare di sé convincentissimo la coscienza e il costume dei giuristi.

Se l'esempio di De Filippis è limpido esaltando senza un'ombra una simile recezione, questa ci è confermata da uno sguardo rapido della dottrina (69) e ci è soprattutto confermata dalla letteratura dei pratici, che pienamente accoglie l'antico approccio al problema. Ancora alla fine degli anni Ottanta, due magistrati, Baldassare Paoli (70) e Nicola Germano (71) l'accoglievano senza discuterlo in due fortunate trattazioni dedicate al tema delle servitù: il diritto reale serba il suo carattere — come efficacemente si dice — di «diritto su di un elemento della proprietà della cosa» (72) e la nozione di modificazione della proprietà — accolta nel Codice unitario italiano del 1865 — viene ricondotta all'unico significato reputato corretto, cioè quello di «proprietà modificata»; lo scambio terminologico non è puramente formale, ma sta a segnalare che il giurista vuole insistere sul fatto che la proprietà subisce una incidenza nella propria interna struttura e non una sorta di compressione dall'esterno (73).

Quel che è più notabile è che, alla fine del secolo, nel 1895, quando ormai la civilistica neoterica aveva in Italia preso il sopravvento, Franceso Saverio Bianchi, in quel suo maestoso «Corso di Codice civile italiano» che è la testimonianza più alta del declino

---

(69) Le citazioni potrebbero essere assai numerose. Fra i commentarii al Codice, cfr. C. BAUDANA-VACCOLINI, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, vol. II, Roma, 1878, p. 386. Fra i 'corsi', cfr. F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. II, *Dei beni, della proprietà e sue modificazioni*, Torino, 1877, soprattutto n. 121.

(70) B. PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, Firenze, 1887, pp. 1-2.

(71) N. GERMANO, *Trattato delle servitù*, parte generale, vol. I, Napoli, 1886, p. 45 ss.

(72) GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., p. 46.

(73) GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., p. 48.

della vecchia scuola, ancora vi aderisca sulla scorta dei maestri francesi e della codificazione parmense anche se ormai sepolta fra le leggi storiche. Centrale resta l'identificazione dell'usufrutto in una proprietà imperfetta (74).

Non è dunque percorsa da dubbi e incertezze questa letteratura italiana? Non soffre le stesse significative incoerenze della tormentata esegesi francese? Sicuramente, in grado minore; e ciò per una influenza più diretta della dottrina e della prassi del diritto comune. Dubbi li provocano, se mai, in personaggi che amano far sfoggio di supporti eruditi, i testi romani nel loro linguaggio apparentemente contraddittorio e tali da porre in difficoltà esegeti non certo molto provveduti di strumenti storico-critici. Ma si tratta di dubbi tosto placati con soluzioni semplicistiche, che non variano la sostanza di un discorso e non spostano l'ottica dell'interprete (75).

L'unica personalità, che conviene esaminare singolarmente e con attenzione e a cui conviene dare spazio, è invece quella di Luigi Borsari. È anch'esso un uomo fra due culture, e di questa doppia dimensione fa mostra indossando nella sua lunga vita (76) la duplice veste, dapprima, di operatore nella scienza e nella prassi del diritto comune, poi, di commentatore dei Codici unitari (77). A queste circostanze usuali a molti giureconsulti italiani contemporanei, Bor-

---

(74) F.S. Bianchi, *Corso di Codice civile italiano*, vol. IX, p. I, Torino, 1895, p. 649 ss., ma soprattutto a p. 656, dov'è la affermazione sinteticamente conclusiva che «casi di proprietà imperfetta sono indubbiamente quelli di costituzione dei diritti d'usufrutto, d'uso e di abitazione». Francesco Saverio Bianchi (1827-1908), nasce a Piacenza, studia all'Università di Parma, dove si laurea nel 1848 e dove dal 1856 è professore di diritto civile. Su di lui l'influsso del Codice civile parmense sarà sempre fortissimo.

(75) Il riferimento è a Baudana-Vaccolini, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 386, che, turbato dal non univoco linguaggio dei testi romani, crede di poter risolvere il problema spiegando che «è d'uopo distinguere il duplice diritto insito nell'usufrutto, il personale ed il reale» e riconducendo soltanto al secondo i frammenti colleganti *ususfructus* e *pars dominii*.

(76) Luigi Borsari (1804-1887) si laurea a Bologna nel 1824 e, dopo aver esercitato l'avvocatura a Ferrara, è dal 1845 professore di diritto romano presso la Pontificia Università di Ferrara.

(77) L'opera sua più imponente e anche più duratura è rappresentata dai commenti ai nuovi Codici unitarii italiani. Della sua familiarità scientifica con il diritto comune la testimonianza più cospicua è offerta da una grossa trattazione in tema di enfiteusi. (L. Borsari, *Il contratto d'enfiteusi*, Ferrara, 1850).

sari congiunse però un forte nutrimento filosofico (78) e uno spirito vivamente problematico. Si capisce da ciò che è possibile aspettarsi da lui una visione meno appiattita del nodo tecnico-giuridico della natura dell'usufruto.

La pagina del giurista ferrarese è infatti l'unica dialetticamente percorsa dalla contemplazione di opposte soluzioni possibili e percorsa da una perplessità costante. Sviluppando la sua analisi da quella «divisa» *modificazione della proprietà* che funge nel Codice da involucro sistematico di tutti i diritti reali limitati e dandogli un contenuto concreto, egli non può non premettere che «siamo già avvertiti che l'usufrutto partecipa della realtà che si assomma nel diritto di proprietà da cui procede» (79). Ritiene cioè di non potersi esimere, quale giureconsulto del secolo XIX studioso delle ultime propaggini del diritto comune ed, insieme, esegeta della grande legislazione unitaria, dal cogliere, in esordio di discorso, l'intima connessione e quasi la compenetrazione fra sfera della proprietà e sfera dell'usufrutto.

Ma l'analisi non si arresta qui. È una cultura romanistica non epidermica a incrinare la solidità dell'impianto. Borsari sa benissimo che «ragguagliato alla proprietà e sul punto di vista antitesico, i romani vi scorgevano una servitù» (80), cioè avevano pensato — e, di conseguenza, costruito — un insieme di istituti come un *oppositum* logico della proprietà; sa benissimo che il sistema classico dei diritti reali poggia non sull'osmosi ma sulla contrapposizione fra *dominium* e *iura in re aliena*, sull'incolmabile salto di qualità fra il primo e i secondi. Se taluni testi, soprattutto l'arcinoto e vessatissimo frammento di Paolo in D. 7, I, 4, sembrano identificare l'*ususfructus* in una *pars dominii*, è chiaro — secondo il nostro — che vi si ha riferimento non all'usufrutto vero e proprio, ma a quella forma larvata che gli antichi dottori chiamavano *ususfructus causalis* e che

(78) L'opera di Borsari reca spesso tracce di un preciso influsso della grande sistemazione filosofico-giuridica di Antonio Rosmini. Cfr. le notazioni di G. ARTANA, *L'influenza della filosofia giuridica rosminiana in Italia nel secolo XIX*, in *Rivista rosminiana*, XXIII (1944), pp. 54-56.

(79) L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. II, Torino, 1872, I, 925, p. 265

(80) BORSARI, *Commentario*, cit., ibidem.

è niente altro che l'*utifrui* non distaccato ma anzi ancora perfettamente inglobato nella complessa signoria del pieno proprietario (81).

Messo da parte il testo paolino, chiarita la nozione «romana» di usufrutto, resta da comporre il dissidio fra la premessa di tutto il discorso — la partecipazione alla sfera dominativa — e il successivo sviluppo romanistico — l'usufrutto come *ius in re aliena*. Borsari ha il merito di non cadere nel tranello delle composizioni bonarie, non tenta nemmeno uno di quei cervellotici esercizi di falsa logica ermenutica di cui è purtroppo colma tutta la letteratura ottocentesca. La coscienza della peculiarità dell'usufrutto moderno, di questo prodotto storico estremamente decantato e ormai disgiunto nelle sue strutture fondanti dal modello classico, ha la prevalenza. Non si creda tuttavia che Borsari si adagi completamente nella soluzione medievale a lui familiarissima; ciò avrebbe significato vanificare troppo la tipicità storica del moderno istituto, della quale è invece intimamente persuasa tutta la pagina borsariana.

Le sue parole sono meritevoli di attenzione: «No; l'usufrutto per noi è un diritto reale che sta da sé, un diritto indipendente salvo le sue naturali relazioni colla proprietà, e con ragione propria di vero dominio. La indipendenza del diritto di usufrutto... non è già nelle relazioni colla proprietà; ma piuttosto nell'ideale della causa giuridica per cui esiste e sussiste diversamente apprezzata dai legislatori. Bisognava abbandonare l'idea della servitù per farne un gius sostanziale proprio e distinto al fine di renderlo capace di sostenere la moderna ipoteca che non può essere fondata che nella proprietà, sia pure una frazione della proprietà e *pars dominii*; ma che non ha base in un diritto di semplice servitù attiva sulla proprietà altrui» (82).

Si delinea una figura complessa, resa un pò problematica da qualche oscurità di linguaggio. È certo che qui l'usufrutto non è una semplice qualità passiva che serba intatto e intero il dominio del proprietario. Ha alla sua base una porzione di proprietà, che si distacca dal patrimonio del *dominus*; solo che questa *pars dominii* è tanto sorretta da una autonoma funzione economico-sociale, che ciò che, alla sua genesi, è soltanto la parte di un tutto, la tessera insignificante d'un mosaico lacerato, assume una sua indipendenza,

(81) BORSARI, *Commentario*, cit., § 925, p. 266.
(82) BORSARI, *Commentario*, cit., § 926, p. 267.

la dignità e la natura di un diritto reale che sta da sé. Ci sembra di non falsare tutto l'itinerario borsariano concludendo che qui si arriva a costruire una proprietà concorrente, funzionalmente diversa e per ciò munita di una irripetibile tipicità, ma senza dubbio una proprietà. Come tale, oggetto possibile di ipoteche.

Versione ammodernata della vecchia teorica del dominio utile, o creazione di un diritto reale *sui generis?* La riflessione del Borsari non autorizza risposte decise. Certo è che, comunque la si voglia dogmaticamente qualificare, questa forte solida indipendente situazione sulla cosa, se non è una proprietà, è almeno una costruzione pensata e modellata sul suo calco.

4. Nella tradizione che corre sul filo dell'analisi classica, usufrutto è soltanto quell'*uti-frui* della cosa isolato — in determinate circostanze — dal contesto unitario della proprietà e costituito come entità separata in capo a un soggetto non-proprietario. Nella elaborazione invece che dell'usufrutto ci offrono gli antichi maestri e la prassi giurisprudenziale del diritto comune è dominante la dicotomia fondamentale «ususfructsu causalis-ususfructus formalis»: «causalem dicunt, quoties iure proprietatis fructus percipiuntur, adeoque ususfructus cum sua causa seu proprietate coniunctus... Formalem appelant, qui a proprietate separatus est, ac definitur ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia» (83).

Questa dottrina, sbrigativamente relegata tra il ciarpame medievale dalle antistoriche requisitorie dei puristi culti, non è invenzione né cervellotica né artificiosa, ma sta a significare e sottolineare tre principii essenziali: che la proprietà è concepita come situazione complessa, somma di situazioni semplici; che ciascuna di queste situazioni ha e mantiene una propria autonomia *già* in seno alla proprietà; che ciascuna di queste situazioni partecipa in qualche misura della natura della proprietà.

Era un modo esasperato di pensare e sentire il *dominium* come struttura composita, formata di «materiali» la cui eterogeneità è originaria, e originaria la loro relativa coesione, la loro incapacità di fusione. Andando ancora più indietro e ancora più nel profondo, si

(83) J. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, t. II, Venetiis, 1787, ad lib. VII, tit. I, n. 3.

può dir meglio che la teoria dell'usufrutto causale rispondeva perfettamente a una certa concezione della struttura economico-giuridica della *res* e a una certa nozione di proprietà che di quella struttura costitutiva l'emanazione e sulla quale si fondava. Il cardine della vecchia analisi stava nel principio che non era già la proprietà a presupporsi all'usufrutto, ma l'usufrutto a presupposti alla proprietà. La *res* non era pensata come unità ma come composizione di elementi ciascuno dei quali è da sempre autonomo e concorre a formare la *res*. Come l'elemento precede logicamente una siffatta *res*, così il potere su ciascun elemento precede logicamente il potere sull'intero. L'*ususfructus* — se ci si passa la apparente tautologia — è visto qui nella sua sostanza economica di *uti-frui*, cioè di potere connesso a un elemento primordiale e autonomo (*utilitas*) della realtà composita della cosa, e provoca, combinandosi con la nuda proprietà, quel potere complesso che è il *dominium* perfetto, concorre a crearlo.

Come ci è dato di constatare e come ci preme qui di segnalare, l'usufrutto causale è l'ultimo sigillo che conchiude armoniosamente una certa visione sistematica dei diritti reali, in sé perfettamente coerente; rappresenta l'estrema, esasperata — ma ragionevolissima — conseguenza d'una concezione originale e inconfondibile della proprietà e dei diritti reali. Si legittima insomma soltanto se inserito all'interno di quella visione, all'interno del sistema che la esprime a livello di costruzione giuridica.

Eppure, questo strumento così culturalmente e tecnicamente caratterizzato è, al pari delle teorie che gli stanno dietro, duro a morire, e lo riscopriamo abbastanza vegeto in buona parte della civilistica ottocentesca. Tra le resistenze del vecchio modello costruttivo è quella che, se non ingenera meraviglia nello storico del diritto, si propone come una delle più singolari; poiché la disciplina dei nuovi Codici, che ha tante ambivalenze sistematiche, opera infatti — nella normativa specifica dell'usufrutto — una scelta chiara e precisa, il permanere della nozione d'usufrutto causale è il segno che un insieme di costruzioni teoriche col loro patrimonio tecnico, col loro linguaggio appropriato, era penetrato a fondo nel costume dei giuristi.

Come appropriazione del costume, come idea ben radicata, noi infatti la vediamo emergere fra le pieghe d'un discorso, fra le righe

d'una pagina. Non si creda infatti che si trovino correntemente fra gli esegeti francesi e i paleo-civilisti italiani dichiarazioni esplicite a favore dell'usufrutto causale. Talora, ci saranno, come nel caso di Pacifici-Mazzoni (84); più spesso ci si limita a recepire la distinzione ricordando che non è più riprodotta nei Codici (85), talvolta se ne segnala l'inutilità (86) o, in una ottica rigorosamente romanistica, la erroneità (87). Però, tu constati il termine usato con disponibilità per tutto il secolo (88), e lo constati intatto, sepolto ma non spento, nella grande trattazione con cui Giacomo Venezian, personaggio certamente non ascrivibile alla paleo-civilistica (89), ordinerà completamente, alla fine del secolo, il tema dell'usufrutto (90).

Più ancora di quel che capita al «dominio utile» — nozione e termine troppo legati a concezioni feudali per essere graditi a giureconsulti del secolo XIX — l'usufrutto causale circola sotterraneamente con sporadiche emersioni segnalando l'adesione di fatto dei giuristi alla costruzione di cui è soltanto l'ultima propaggine.

Ci sia consentito di attardarci un poco su un esempio chiarificatore, quello di Duranton. Ecco la sua dichiarazione: «Les docteurs considèrent qualquefois l'usufruit sous un double point de vue: comme étant attaché à la propriété, et comme en étant séparé. Dans le premier cas, ceux de l'école allemande l'appellent usufruit *causal*,

---

(84) PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., lib. II, n. 84 (ma si veda particolarmente la nota 5 di p. 71).

(85) Per la dottrina francese, cfr. MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, cit., t. II, n. 456. Per quella italiana G. FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, Napoli, 1882, p. 478. Spesso si ha anche un rinvio puro e semplice alle conclusioni dei 'dottori' (cfr. BAUDANA-VACCOLINI, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, cit., vol. II, p. 387).

(86) RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, n. 122. Contrario per motivazioni di indole più tecnica il DE FILIPPIS, *Corso*, cit., vol. III, p. 4.

(87) Così GENTY, *Traité*, cit., pp. 6-7. C'è anche chi la dichiara senza fondamento alcuno, come J. MATTEI, *Il codice civile italiano*, vol. II, Venezia, 1873, p. 112.

(88) Un esempio lo dà il BORSARI, *Commentario*, cit., vol. II, § 925, p. 266.

(89) Su Giacomo Venezian (1861-1915) e sulla sua collocazione nel divenire della civilistica italiana post-unitaria, basti qui rinviare a V. POLACCO, *Giacomo Venezian*, ora in *Opere minori*, parte II, *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, fascicolo I, Modena, 1929).

(90) G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, vol. II, Napoli-Torino, 1912, p. 859, n. 1.

pour indiquer qu'il a son principe dans le droit de propriété, qu'il en est la conséquence; dans l'autre, ils le nomment usufruit *formel*, parce qu'il n'est pas un des effets du droit de propriété, mais parce qu'il résulte du titre qui l'a établi. C'est uniquement de ce dernier qu'il s'agit dans le Code, et c'est de lui qu'on entend généralement parler en droit quand on traite simplement de l'usufruit» (91). Senza dubbio, non v'è ombra di ostilità nelle parole del maestro francese, v'è una recezione passiva delle conclusioni dei Dottori che, unita alla doverosa precisazione esegetica sulla estraneità dell'usufrutto causale agli articoli del *Code civil*, potrebbe far pensare a una sostanziale neutralità. Chi avesse tuttavia la pazienza di continuare la lettura, vedrebbe che Duranton si affanna a dimostrare, sulla base dei testi romani, che «ces distinctions, abstraction faite des dénominations, ne sont point entièrement arbitraires» (92), ma soprattutto sarebbe infine premiato da una sorta di confessione non formale del giurista. Proprio a mezzo di un discorso pseudo-romanistico, la voce munita del timbro personale dell'autore si stacca dalla piattezza della pagina esegetica per esprimere la convinzione dello scrivente. Il tema è il solito tema tormentoso dei rapporti fra proprietà e usufrutto, a proposito del quale Duranton, parlando della costituzione da parte di un proprietario sulla propria cosa di un diritto d'usufrutto a favore d'un terzo, ha cura di precisare: «droit qu'il n'aurait pu établir s'il ne l'avait eu comme renfermé dans sa propriété» (93).

Torniamo al nostro discorso iniziale: l'usufrutto continua a essere pensato all'interno della nicchia della proprietà, «droit élémentaire» — direbbe Marcadé (94) — già perfettamente formato e vitale entro l'involucro del diritto complessivo di proprietà, con una vita latente, inespressa, inavvertita, ma con un'esistenza già autonoma che non ha bisogno della separazione per originarsi. Nell'alveo del *dominium* riposa da sempre la cellula tumorale che, al momento della separazione, lo devitalizzerà d'ogni forza economica, lo renderà un *nudum ius*.

Fino a che resiste nell'animo dei giuristi il vecchio modello di

---

(91) DURANTON, *Cours de droit civil*, cit., t. II, n. 1276, p. 385.
(92) DURANTON, *ibidem*, n. 1277, p. 385.
(93) DURANTON, *ibidem*, n. 1277, p. 387.
(94) MARCADÈ, *Esplication*, cit., t. II, n. 455.

proprietà, l'usufrutto causale non potrà essere espunto definitivamente dal loro istrumentario concettuale e tecnico.

5. Che la reliquia sia dotata ancora di vitalità lo dimostra una polemica abbastanza intensa, che avrà proprio a protagonista l'*usus-fructus causalis* e si sviluppa in Italia alle soglie degli anni Ottanta, il che è assai significativo: se sia lecito al proprietario ipotecare la propria situazione, non separata, di godimento.

Il tema era stato sin dall'inizio dell'impegno esegetico, largamente dibattuto in Francia (95), e vi si era con dovizia utilizzato tutto il complesso di risorse offerto dalle costruzioni usualmente ricevute. La generalità degli interpreti non ha esitazione nell'affermare la ipotecabilità dell'usufrutto causale, corroborando la conclusione con un ragionamento che svela i suoi presupposti teorici. Se il proprietario — si dice — può legittimamente alienare il suo usufrutto e quindi separarlo dalla nuda proprietà, perché non potrebbe anche sottoporlo a quel particolare vincolo che è rappresentato dalla costituzione di un'ipoteca? Non ha rilevanza che l'usufrutto sia formalmente riunito con la nuda proprietà nell'alveo della piena proprietà, perché, al di là dell'apparenza, l'*uti-frui* possiede anche in questa fase nascosta una sua autonoma esistenza e perciò una sua individualità come oggetto di rapporti specifici (96).

«L'usufruit, c'est-à-dire l'utilité même d'un immeuble», «la portion utile [d'un immeuble], c'est-à-dire l'usufruit», come si

---

(95) Tanto per limitarsi agli scrittori su temi ipotecarii, si vedano particolarmente G.B. BATTUR, *Traité des privilèges et hypothèques*, Bruxelles, 1833, t. I, p. 190 ss.; P. PONT, *Commentaire-traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques*, in V. MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 1856, p. 379.

(96) «Nous ne saurions donc admettre l'opinion émise par quelques jurisconsultes, d'après lesquels tant que la jouissance et la nue propriété ne sont pas détachées l'une de l'autre pour être dévolues à des personnes différentes, il n'y aurait pas d'usufruit susceptible d'être hypothéqué... Il nous paraîtrait contradictoire que celui qui peut détacher l'usufruit de sa chose pour l'aliéner ne pût pas le détacher pour le grever d'hypothèque; ou encore que celui qui, en consentant une hypothèque, peut stipuler que cette hypothèque ne grevera que la moitié de son immeuble au lieu de le grever en totalité, ne pût pas stipuler qu'au lieu de grever la pleine propriété de cet immeuble, elle en atteindra seulement la portion utile, c'est-à-dire l'usufruit) (PONT, *Commentaire*, cit., p. 379).

esprime in un linguaggio efficace un pratico di rango (97), non è un artificio, una architettura libresca, ma una realtà calata nella struttura materiale della cosa stessa. È la cosa che nella sua materialità segnala la propria veste composita, che reca nella sua stessa natura di oggetto sensibile una scissione, che è un oggetto complesso formato da due parti nelle quali si divide, la nuda proprietà e l'usufrutto. Orbene, «cette division n'est par purement métaphysique» (98), ed è in ragione della sua concretezza che uno strumento come l'ipoteca, che viene a incidere concretamente sul tessuto stesso della proprietà, può appoggiarsi a pieno titolo sull'una o sull'atra parte. Addirittura, poiché l'ipoteca è per sua vocazione soprattutto un gravame della proprietà, l'usufrutto causale come «partie du domaine de l'immeuble» (99) appare quale oggetto per eccellenza d'un simile diritto reale di garanzia.

Le voci che abbiamo segnato appartengono a dei pratici. Sono infatti i pratici che dimostrano di trovarsi a loro agio con queste costruzioni empiriche tutte protese a valorizzare sul piano del diritto la sostanza economica della *utilitas* e che, più dei puri dottrinari, sono portatori delle istanze lentissimamente sedimentate dal costume nella prassi secolare del foro e dei tribunali. Ma l'adesione è abbastanza estesa, e abbraccia — sia in Francia che in Italia — pratici e dottrinari (100). Si può dire che la conclusione a favore della ipotecabilità circola fittamente nella più varia riflessione giuridica. Ed è il segno che la teoria della frazionabilità della proprietà e dell'usufrutto come frazione di proprietà viene condotta coerentemente fino alle sue estreme conseguenze.

Sin qui l'interesse è modesto, almeno sotto il profilo rigorosamente storiografico. Diventa cospicuo, quando le sparse opinioni contrarie, che da tempo si erano levate in Francia, prendono la forma, in Italia, d'una robusta anche se non eccelsa polemica; la quale, come tutte le polemiche accese, non può che mettere a nudo

---

(97) PONT, *Commentaire*, cit., p. 379.

(98) BATTUR, *Traité*, cit., p. 81.

(99) Loc. ult. cit.

(100) Una elencazione sommaria può trovarsi in E. BIANCHI, *La ipotecabilità dell'usufrutto - Studio sull'art. 1967 n. 2 del Codice civile italiano*, ora in *Studi ed appunti di diritto civile*, Pisa, 1887, pp. 268-269.

quanto la appiattita recezione del principio non aveva consentito di cogliere.

Nasce il serrato dibattito da un saggio che Emilio Bianchi, civilista di qualche rispetto ([101]), pubblica, nel 1878, su uno dei più vivaci fogli giuridici italiani, l'*Archivio giuridico* ([102]). In quell'anno, a Parigi, nella seconda edizione di quella grande *summa* della scuola esegetica francese che erano i *Principes de droit civil français*, François Laurent ribadiva e ammantava di autorità le vecchie impalcature aggiungendovi una scoperta punta polemica. Affermare in base al principio *res sua nemini servit* — precisa Laurent — che il proprietario non è anche usufruttuario della cosa propria è vero soltanto «d'après la subtilité du droit» ([103]). Al di là delle sottigliezze formali sta un generale potere del proprietario che, così come può *distaccare* da sé l'usufrutto alienandolo, ugualmente potrà impegnarlo ipotecandolo. È la nozione di usufrutto come frazione autonoma della proprietà che domina — e condiziona da dietro — l'intera pagina del Maestro belga; è l'usufrutto come entità vitale all'interno dell'ente composito del *dominium* che pretende di essere oggetto possibile d'ipoteca già in questa sua esistenza apparentemente indistinta nel seno del *dominium*.

In quel tardo 1878 si riproponeva, non fiaccamente ma con convinzione, la stessa linea interpretativa risalente ai primi esegeti. È contro questo patrimonio consolidato di nozioni ancora vegete alla fine degli anni Settanta che il Bianchi eleva la sua protesta.

Certe idee di fondo, certo linguaggio, resistono anche in lui che vorrebbe condannarne le conseguenze; resiste il principio della proprietà composita, e pertanto scomponibile, e insieme l'identificazione dell'usufrutto in una *pars dominii* ([104]). Il nuovo nel discorso

---

([101]) Emilio Bianchi (1849-1911), professore di Diritto civile nell'Istituto Universitario di Scienze Sociali di Firenze.

([102]) Si tratta dell'articolo sopra menzionato (nota 100) su 'La ipotecabilità dell'usufrutto - Studio sull'art. 1967 n. 2 del Codice civile italiano' che noi citiamo dalla raccolta di saggi civilistici curata dallo stesso Bianchi, ma che fu originariamente pubblicato sul volume X, anno 1878, dello 'Archivio giuridico'.

([103]) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXX, Paris, 1878, n. 211, p. 187.

([104]) Cfr. BIANCHI, *La ipotecabilità*, cit., pp. 270 e 272, dove si discorre aperta-

del professore toscano è l'affermazione della estrema compattezza della proprietà prima del frazionamento, all'interno della quale le parti non sono apprezzabili giuridicamente ma scompaiono entro l'involucro del *dominium*.

L'usufrutto causale non è ipotecabile, perché non rappresenta una individualità giuridica all'interno della proprietà. In questo stadio indistinto l'*utilitas* della cosa è soltanto *un fatto* (105), non un oggetto di rapporti giuridicamente rilevanti: «il proprietario ha diritto di fare tutto ciò che non gli è vietato dalla legge, ma la legge definendo l'usufrutto *il diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà*, fa più che vietargli d'ipotecare l'usufrutto della cosa sua; dichiara inesistente l'usufrutto nell'assoluto proprietario, per modo che l'ipoteca sul medesimo costituita sarebbe pienamente nulla ed inefficace per mancanza di oggetto. Allorquando i diversi elementi che compongono il dominio sono riuniti in una sola persona, non si possono scindere l'uno dall'altro, né vi è criterio per operare siffatta scissione. Perché questa avvenga, occorre un atto di effettiva ed attuale separazione per parte del proprietario. Chi ha il diritto di proprietà sopra una cosa, ha la cosa; non l'usufrutto della medesima» (106).

Polemizzando duramente con il Pont e respingendo l'equiparazione fra distacco dell'*uti-frui* e ipoteca dell'*-uti-frui* non distaccato, Bianchi ha cura di precisare: «il proprietario coll'alienare l'usufrutto a favore altrui, lo crea» (107). Il divario è tutto qui, ed è messo bene in evidenza. È in discussione — e, per la prima volta, in termini squisitamente dogmatici — l'usufrutto causale come creatura legittima di tutto un filone dottrinale. Non ci si limita più a constatare che la nozione non è contemplata dalla legge, o che è semplicemente inutile o inopportuna. Ora, il suo rifiuto è motivato sul piano della più rigorosa costruzione teorica. Se mai, Bianchi non si accorgeva

---

mente del 'frazionamento' del dominio, o, più ancora, p. 280 dove si parla dell'usufrutto come 'diritto frazionario del dominio'.

(105) «Il godimento dei frutti spettante al proprietario non è un diritto ma piuttosto un fatto, o per dir meglio una serie di fatti derivanti dall'esercizio del diritto di proprietà» (BIANCHI, *La ipotecabilità*, cit., p. 282).

(106) BIANCHI, *La ipotecabilità*, cit., p. 280.

(107) BIANCHI, *La ipotecabilità*, cit., p. 271.

che, respingendo questa nozione di usufrutto causale che era nozione ultima di tutto un lungo argomentare, veniva a gettare un sasso anche laddove probabilmente non voleva colpire, nel bel mezzo cioè di quella concezione della proprietà che egli dimostra ancora di accettare secondo lo schema della tradizione medievale e post-medievale.

Testimonianza ambivalente, il saggio del giurista carrarese ha il merito di parlar chiaro, di colpire al cuore il problema; ed è per questo significativo del cospicuo rivolgimento che la scienza civilistica italiana comincia a subire da quel torno di anni in poi.

Ma sia chiaro che Bianchi non seppellisce definitivamente, nel 1878, l'usufrutto causale. Se più sopra abbiam parlato di polemica, è perché il suo scritto dà la stura a tutta una serie di reazioni, molte delle quali sono negative e tornano a invocare la piena legittimità teorica del vecchio strumento dei giuristi (108). Modeste, teoricamente deboli, queste risposte, nel loro attaccamento tenace a secolari modelli, hanno, al di là del loro intrinseco valore, il significato di dimostrare il grado di resistenza di quei modelli, calati ormai nel costume e duri a morire. Tra le pagine della imponente trattazione del Venezian sull'usufrutto il vecchio modello troverà ancora qualche spazio. E saranno i primi anni del Novecento (109)

(108) Si vedano G. BALBI, *Dell'ipotecabilità dell'usufrutto casuale (art. 1967, n. 2 Codice Civile)*, in *Gazzetta legale*, II (1878) e F. MANDUCA, *La ipotecabilità dell'usufrutto causale e la vigente civile legislazione*, appendice IX, in F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, trad. italiana, Napoli, 1880.

(109) Cfr. più sopra, nota 90.

LA PROPRIETÀ E LE PROPRIETÀ NELL'OFFICINA DELLO STORICO (*)

1. La proprietà e le proprietà: un ripensamento teorico e il suo significato per lo storico del diritto. — 2. La proprietà e le proprietà: la cultura dell'appartenenza e i condizionamenti monoculturali per lo storico del diritto. — 3. La proprietà e le proprietà: condizionamenti di archetipi culturali. L'appropriazione individuale e il suo modello napoleonico-pandettistico. — 4. La proprietà e le proprietà fra isolamenti tecnico-giuridici e soffocamenti economicistici. — 5. Storia delle proprietà e storia agraria. — 6. La storia delle proprietà e il suo recupero giuridico. Storia delle proprietà e fonti catastali. — 7. Un sentiero da percorrere: la proprietà come mentalità giuridica. — 8. La storia delle proprietà all'insegna della discontinuità: ' medievale ' e ' moderno ' come universi distinti. — 9. Officina medievale. — 10. Il dominio utile: una mentalità profonda. — 11. Dominio utile, proprietà e *iura in re aliena* entro il sistema del diritto comune. — 12. L'inaugurazione di una proprietà ' moderna '. — 13. Per una definizione del ' moderno ' nella proprietà: semplicità e astrattezza. — 14. Alla ricerca del ' moderno ' nella proprietà. Qualche considerazione sul quadrivio cinquecentesco. Un cenno necessario: Pothier nel bozzolo di un luogo comune. — 15. Alla ricerca del ' moderno ' nella proprietà. Il ' Code Napoléon ': un palinsesto giuridico. — 16. Alla ricerca del ' moderno ' nella proprietà. Il nuovo modello tecnico della Pandettistica.

1. Non sarà inutile prender le mosse, per render fruttuose queste parole introduttive di chiarimento, proprio dalla insegna sintetica sotto la quale, per volontà degli organizzatori, si pone il nostro Congresso: la proprietà e le proprietà. Ogni giurista sa — ed è perfino superfluo accennarvi — che essa è presa di sana pianta dalla felice intitolazione di una sostanziosa relazione di Salvatore Pugliatti risalente a una trentina di anni fa (1), ma non è forse

(*) Si pubblica qui la Relazione tenuta a Siena, nell'autunno del 1985, nell'ámbito del Congresso nazionale della Società italiana di storia del diritto, che aveva per tema: «La proprietà e le proprietà». Il carattere introduttivo di queste pagine impone che le annotazioni siano parche e si riducano a chiarire ambiguità (e citazioni appena accennate) del testo o a fornire minime integrazioni essenziali. Il testo rispecchia con fedeltà la relazione tenuta nell'ámbito del Convegno; soltanto il titolo, che nel programma a suo tempo diffuso si presentava genericamente come «Considerazioni introduttive» ai lavori della sezione medievistica e modernistica, è stato sostanzialmente mutato.

(1) S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà*

superfluo riproporci il problema del significato storico che vi è racchiuso e della svolta radicale nel divenire della riflessione civilistica italiana di cui fu allora simbolo e segno. Si tratterà soltanto di porre un punto fermo che valga a non coartare la ricchezza straripante di un lungo e complesso itinerario storico (che è per l'appunto il nostro oggetto), ma — se mai — ad esaltarne proprio la ricchezza, la complessità, il diverso atteggiarsi per climi diversi.

Tant'è vero che la prima domanda, cui dobbiamo una risposta immediata, è fino a che punto questa non innocua intitolazione convenga allo storico del diritto medievale e moderno che indaghi sui rapporti di appartenenza, in qual misura sia soffocante (cioè destoricizzante), quanto di essa egli possa avvalersi senza inquinare la correttezza del proprio approccio metodico.

L'insegna non è innocua, perché non è occasionale, e non si esaurisce nemmeno in un gioco gradevole di parole. Ha, al contrario, carattere progettuale, programmatico. Quando, nel 1952, in seno al terzo convegno nazionale di diritto agrario, Pugliatti se ne fece con piglio deciso portatore, egli partecipava ai congressisti il risultato d'una lunga riflessione personale e, insieme, portava a compimento con una sistemazione ammirevole la svolta che, per merito suo e di Enrico Finzi, si era prodotta nella dottrina italiana degli anni Trenta (2).

Qui era germogliata l'intuizione elementare che fosse ora di guardare al rapporto fra uomo e cose non più dall'alto del soggetto, bensì ponendosi a livello delle cose e osservando dal basso quel rapporto, senza preconcetti individualistici e con una disponibilità totale a leggere le cose senza occhiali deformanti. E le cose avevano

---

terriera), in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario — Palermo, 19-23 ottobre 1952,* Milano, 1954, ora anche in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto,* Milano, 1954, p. 145 ss.

(2) Un momento epifanico di particolare rilievo per il rinnovamento in atto della nostra civilistica fu il primo congresso nazionale di diritto agrario del 1935, nell'ambito del quale si collocano le relazioni di Enrico FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione,* e di Salvatore PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà.* Espressione d'uno stesso stato d'animo e delle stesse correnti culturali, si veda, nello stesso ambito congressuale, in stretta connessione con le relazioni di Finzi e di Pugliatti, quella di Tullio ASCARELLI, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario.*

rivelato di essere strutture non generiche ma specifiche, con assetti specifici e diversificati che richiedevano diverse e peculiari costruzioni giuridiche se quest'ultime volevano essere congeniali e non mortificanti (3). Dai diversi statuti dei beni si era giunti alla edificazione di più proprietà ciascuna delle quali aveva una fondazione strutturale, cioè nella riposta realtà dei fatti naturali ed economici. Quel che importa qui di notare è che, per la prima volta dopo le enfasi dell'individualismo possessivo, si operava uno scardinamento dal soggetto della nozione di proprietà, se ne tentava una costruzione partendo da elementi oggettivi e — di conseguenza — la si relativizzava.

Se questa fu l'operazione — culturalmente validissima — dei civilisti nostri, e se questo è il contenuto culturale a cui sempre dobbiamo riferirci quando ripetiamo la formula (come facciamo noi in questo convegno), un problema si pone per lo storico e una domanda si impone: può per lui, oltre che per la civilistica recenziore,assurgere una simile insegna a indirizzo e canone del suo lavoro scientifico? Certamente sì, almeno per quanto attiene alla istanza metodologica fondamentale che vi è sottesa, e che può ridursi a una relativizzazione e demitizzazione della proprietà moderna. Lo storico non può che sentirsi a suo agio dinnanzi a questa estrazione della proprietà dal suo secolare recinto sacrale, a questa sua immersione nel profano delle cose costringendola a fare i conti, ormai al di fuori dello scrigno protettivo del soggetto, con le crudezze dei fatti naturali ed economici.

È l'invito a relativizzare nozione e istituto che egli può pienamente e senza timore raccogliere come messaggio di questo fertile ripensamento teoretico, che vuol essere soprattutto profanazione di un simulacro e recupero alla storia d'un modello assoluto. Su questo lo storico non può non consentire; per lui ' proprietà ' deve essere soltanto un artifizio verbale per indicare la soluzione storica che un

(3) Un supporto filosofico al sensibilissimo sforzo tecnico-giuridico dei nostri civilisti doveva giungere, *ex post*, da Giuseppe CAPOGRASSI con un saggio che ebbe larghissima risonanza negli anni Cinquanta, *Agricoltura, diritto, proprietà* (1952), dove all'imperante soggettivismo esasperato si tenta di contrapporre una visione più complessa ed armonica di un mondo giuridico nel quale non può spettare alle cose il solo compito di oggetto passivo di volontà spesso arbitrarie e irragionevoli.

ordinamento dà al problema del legame giuridico più intenso fra un soggetto e un bene, o, in altre parole, la risposta all'interrogativo centrale sulla consistenza minima del ' mio ' giuridico; soluzioni e risposte che sono a doppio titolo molteplici, a seconda dei varii climi storici e a seconda dei varii contenuti che uno stesso clima storico dà a quell'involucro aperto e disponibile che convenzionalmente identifichiamo come proprietà.

La pluralizzazione proprietaria, intesa come risultato di una liberatoria istanza relativizzatrice, è qui sinonimo di storicizzazione, recupero al divenire delle cose mortali di quanto una raffinata ideologia aveva proiettato sulla guglia più alta di un tempio sacro.

2. Fatta questa inappuntabile premessa, occorre tuttavia andare oltre. Arrestarsi a questo grado di avanzamento metodologico non sarebbe infatti bastevole per evitare allo storico alcuni gravi rischi di indole culturale su cui è opportuno sostare e diffondersi nello sforzo di sgomberare il cammino da equivoci fuorvianti che, in un terreno come il nostro, sono frequenti e insidiosi. Prenderne coscienza è già imboccar la strada per evitarli.

Il primo rischio è quello di un pesante condizionamento monoculturale: la nostra insegna, pur con tutte le sue pluralizzazioni, porta impresso il richiamo ingombrante a un universo ' proprietario ', e proprietà è sempre un minimo di appartenenza, di poteri esclusivi e dispositivi conferiti a un determinato soggetto dall'ordine giuridico. Parlare soltanto di proprietà, anche se al plurale, significa restare ben racchiusi entro la nicchia di una cultura dell'appartenenza individuale. E questo è un orizzonte troppo angusto.

Nessun dubbio che sia qui il perno portante e il ' segreto ' della storia giuridica dell'Europa occidentale e che questa storia sia stata vissuta soprattutto come vicende di ' proprietari ' e lotta per la ' proprietà ', ma nessun dubbio ugualmente che ridurre a questa dimensione il multiforme rapporto uomo-beni ha il senso di un deplorevole immiserimento.

Intanto, è un orizzonte europeo; ma da Maine e da Laveleye in poi (4), grazie agli squarci aperti da etnologi e sociologi verso civiltà

(4) Il riferimento è agli studi innovatori di Henry Sumner MAINE, soprattutto *Ancient Law* (1861), *Village Communities of East and West* (1871), *Lectures on the Early*

asiatiche africane e americane, è tutto un pullulare vivo alla nostra attenzione di culture proprie a pianeti giuridici diversi dove non è tanto la terra che appartiene all'uomo ma piuttosto l'uomo alla terra, dove l'appropriazione individuale appare invenzione sconosciuta o assetto marginale. Secondariamente, anche per il quadrante europeo è un orizzonte troppo vincolato alla ufficialità dominante: v'è tutto un complesso di realtà sepolte, vivissime nella campagna e nella montagna medievali ma che riescono malgrado ostilità condanne brutalizzazioni a trascinarsi intatte fino a noi, forme primordiali d'organizzazione comunitaria d'una terra, nelle quali non è soltanto lo spirito individualista a mancare ma financo lo stesso spirito proprietario. Intendiam riferirci al fenomeno — estesissimo in Italia come in tutte le plaghe dell'Europa occidentale e orientale — che possiamo approssimativamente e genericamente, con una buona dose d'arbitrio, qualificare come ' proprietà collettiva '.

Sia chiaro che con questo termine usuale ma improprio non evochiamo né l'immagine di una proprietà non-individuale (il tradizionale condominio), né quella della proprietà di una persona giuridica, fosse anche pubblica, o addirittura dello Stato (ché sempre individuale sarebbe, anche se non legata a un individuo fisicamente esistente), bensì un polo antitetico a quanto noi occidentali abbiamo abitualmente inteso per proprietà, uno schema ordinativo della relazione uomo-terra caratterizzato da scelte di fondo del tutto invertite rispetto al filo conduttore apparente della nostra storia. Pensiamo, in questo momento, tanto per restringer lo sguardo alla regione italiana, a quella vasta gamma di assetti fondiari, oggi prevalentemente ristretti all'arco alpino e alla dorsale appenninica, che trovano una costruzione paradigmatica nelle cosidette ' proprietà ' comuni di consorti coeredi, dove la titolarità non è né del singolo né dell'ente ma della concatenazione incessante delle generazioni dei consorti.

Orbene, questa cosiddetta proprietà collettiva, in ogni sua

History of Institutions (1875), *Dissertations on Early Law and Custom* (1883) che aprirono — per la risecchita cultura romanistica europea — una finestra sul mondo intero. Di Emile de LAVELEYE deve esser ricordato, pur con tutto il suo bagaglio di difetti metodici che ne particolarizzano il significato, il volume fortunatissimo *De la propriété et de ses formes primitives* (1874).

forma, ha — in mezzo a mille variazioni secondo i luoghi, i tempi e le cause più differenti — una piattaforma comune; ed è quella di essere garanzia di sopravvivenza per i membri di una comunità plurifamiliare, di avere un valore e una funzione essenzialmente alimentari, dove il contenuto fondamentale è un godimento condizionato del bene, con un indiscusso primato dell'oggettivo sul soggettivo: primato dell'ordine fenomenico, che va rispettato ad ogni costo, sull'individuo; dell'ordine comunitario — cristallizzazione della oggettività storica — rispetto all'individuo. Qui non solo la dimensione potestativa è rarefatta al massimo, tant'è che non si incarna mai in uno *jus disponendi,* ma perfino la stessa dimensione appropriativa si stempera fino a vanificarsi. L'appropriazione qui, nel senso tradizionale del termine, cade soltanto indirettamente sul prodotto del fondo che serve per la sopravvivenza quotidiana di un nucleo unifamiliare, ma non investe mai il fondo.

Questa cosiddetta ' proprietà collettiva ' è una proprietà? Siamo sicuri di usare legittimamente un simile termine per la sua descrizione? O siamo di fronte a uno schema ordinante che parte da premesse opposte, e pertanto irriducibile anche in una proprietà relativizzata nel più esteso dei plurali? La vecchia civilistica ottocentesca, rapita nella sua estasi individualistica, la contemplò con la stessa sospettosa curiosità con cui un naturalista analizza un mostriciattolo sul suo banco di esperimenti, la bollò come una «anomalia», e ne ebbe ripugnanza (5); non ripugnanza ma una individualistica intolleranza continuò a circolare nella civilistica del Novecento, su un crinale interpretativo che dal Bonelli arriva diritto a Salvatore Romano, dove, senza preoccuparsi di una possibile collocazione in altri universi culturali, si afferma che la cosiddetta proprietà collettiva non realizza uno schema proprietario soltanto per l'incapacità di questi giuristi ad ammettere la mortificazione collettiva del potere dispositivo (6).

---

(5) Sia consentito un rinvio a quanto abbiamo avuto occasione di scrivere in ' *Un altro modo di possedere — L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria,* Milano, 1977, p. 191 ss. (ma particolarmente pp. 196-199).

(6) Di Gustavo BONELLI è esemplare il saggio su *I concetti di comunione e di personalità nella teorica delle società commerciali* (1903). Per Salvatore ROMANO pensiamo

Lo storico, che non nutre ripugnanze e che fa invece della comprensione un suo atteggiamento professionale, non si può certo unire al coro dei loici e degli ideologi ma ha il dovere di segnalare che, in questi assetti collettivi, la nozione del ' mio ' giuridico viene a tal punto a vanificarsi, da mettere in forse la legittimità di un unico contenitore ' proprietà così largo e slabbrato da arrivare a ricomprenderli. Si continui pure a parlare de ' le proprietà ' come convenzione verbale fino a inserire nei suoi confini anche le forme storiche di ' proprietà collettiva ', ma si abbia almeno coscienza che entro quei confini non corre un territorio uniforme, anzi sfaccettatissimo ed eterogeneo, e non si commetta l'ingenuità imperdonabile di credere che tutto si esaurisca nell'universo della appartenenza secondo il grande fiume appariscente della ufficialità dominante. Significherebbe soccombere a un condizionamento monoculturale e impoverire le complessità della storia che, oggi più di ieri, non sa rinunciare alla dialettica arricchente fra culture diverse, fra cultura ufficiale e culture sepolte.

La nostra insegna, col suo pressante richiamo al ' proprio ', al ' mio ', non deve bendare i nostri occhi e farci ritenere esclusivo un paesaggio giuridico per la semplicistica ragione che ci è vicino e familiare. Vivere all'interno dell'universo della appartenenza, com'è nostra sorte, senza aprire ideali finestre sull'esterno, rischia non soltanto di farci considerare unica quella che è semplicemente una soluzione storica dominante, ma di farcela considerare la migliore possibile, con la conseguente condanna di ogni altra soluzione come anomala e deteriore.

3. E si tocca qui un secondo rischio culturale non meno grave per lo storico del diritto.

Nessun discorso giuridico è forse tanto intriso di bene e di male, tanto condìto da visioni manichee quanto quello che verte sul rapporto uomo-beni. Perché sono così grossi gli interessi in gioco, che inevitabilmente le scelte economico-giuridiche vengono difese dalle corazze non usurabili delle connotazioni etiche e religiose. La soluzione storica tende a diventare ideologia facendo un clamoroso

---

alle sue riflessioni *Sulla nozione di proprietà* svolte nella prima assemblea dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato di Firenze (1960).

salto di piani, e il modesto istituto giuridico che è conveniente tutelatore di determinati interessi di ceto e di classe, è sottratto alla relatività del divenire e connotato di assolutezza. L'istituto da coagulo sociale rischia sempre di diventare un modello, la rappresentazione della validità suprema, l'apice espressivo d'una ricerca del bene sociale. All'interno dell'universo chiuso dell'appartenenza c'è il pericolo immanente del condizionamento da parte di un archetipo pesantissimo.

Guardiamo per un momento controluce la nostra insegna. ' La ' proprietà e ' le ' proprietà: un singolare ed un plurale stranamente accostati, almeno nel linguaggio consueto della scienza giuridica italiana; se non in opposizione, almeno in funzione apertamente dialettica. Un singolare umiliato e depauperato da quel plurale, ma che non scompare in esso; un plurale che acquista il suo significato più pieno solo se raffrontato e riferito a quel singolare. Un istituto insomma di cui si tiene a sottolineare la relatività, ma che è sempre una relatività incompiuta, perché sempre quel plurale è costretto a fare i conti con quel singolare, sempre su quel*le* proprietà grava l'ombra incombente del*la* proprietà. All'interno dell'universo della appartenenza ha preso forma nel corso dell'età moderna — e si è soprattutto cristallizzato nella riflessione e nella prassi del secolo XIX — un singolare archetipo giuridico, che potremmo qualificare — per ora, per intenderci, salvo poi ritornarvi sopra a precisare meglio — napoleonico-pandettistico, una nozione cioè di proprietà non soltanto risolta nella appropriazione individuale ma in una appropriazione dai contenuti particolarmente potestativi.

Siamo, con questo archetipo — un archetipo che pesa ancora sulle nostre spalle —, al fondo di un ben caratterizzato imbuto storico, né staremo noi a ridire cose arcinote sulla sua formazione. Riandremo mentalmente, per nostra comodità, ai cementi che han fatto d'un istituto il modello compattissimo che sappiamo. Vive nel sociale ma affonda nell'etico, galleggia nel giuridico ma pesca nell'intrasubbiettivo grazie all'operazione lucidissima della coscienza borghese che, da Locke in poi, ha fondato ogni *dominium rerum* sul *dominium sui* e ha visto la proprietà delle cose come manifestazione esterna — qualitativamente identica — di quella proprietà intrasubiettiva che ogni io ha di se stesso e dei suoi talenti, proprietà — questa — assoluta perché corrispondente alla naturale vocazione

dell'io a conservare e a irrobustire il sé. In altre parole, un mio che, come vedremo dopo, diventa inseparabile dal me e che inevitabilmente si assolutizza.

È l'esito di una visione non armonica del mondo ma squisitamente antropocentrica secondo una ben individuata tradizione culturale che, esasperando l'invito segnato nei testi sacratissimi delle antiche tavole religiose a dominare la terra e a esercitare il dominio sulle cose e sulle creature inferiori, legittimava e sacralizzava l'insensibilità e il dispregio per la realtà non-umana.

Da questi cementi speculativi nasce quella visione individualistica e potestativa di proprietà che siam soliti chiamare la ' proprietà moderna ', un prodotto storico che, per essere divenuto vessillo e conquista d'una classe intelligentissima, è stato intelligentemente camuffato come una verità riscoperta e che quando i giuristi, tardivamente, con le analisi rivoluzionarie e postrivoluzionarie in Francia, con quelle pandettistiche in Germania, traducono con l'ausilio dell'istrumentario tecnico romano le intuizioni filosofico-politiche in regole di diritto e le sistemano, da rispettabile consolidazione storica si è deformato in concetto e valore: non il prodotto d'una realtà mutevole così come si è venuta cristallizzando, ma il canone con cui misurare la mutevolezza della realtà.

Storicizzare l'archetipo è esigenza ovvia ed elementare per lo storico del diritto, e sarebbe cosa assai pervia se questo archetipo da dietro di noi non fosse calato dentro di noi e non fosse diventato una seconda natura. E il rischio è di guardare — inconsciamente più spesso che consciamente, ma sono le motivazioni inconsapevoli quelle culturalmente più preoccupanti — ogni realtà storica con l'unico occhiale che ci portiamo nella tasca, e inevitabilmente di deformarla e sfocarla; rischio che non è smentito ma forse avvalorato dalla nostra insegna congressuale.

Ora, se una mentalità ' proprietaria ' può essere congeniale allo storico dell'esperienza giuridica moderna, se questa stessa mentalità può essere non irrimediabilmente nociva per una indagine sul Rinascimento giuridico che culturalmente trova il suo momento di validità in modelli romanistici di legittimazione, una simile mentalità rischia di costituire un letale trabocchetto per l'indagatore della società e del diritto altomedievali.

E si son dibattuti e si dibattono ben dentro il trabocchetto, senza

possibilità di uscirne, quegli storici del diritto che han tentato la ricostruzione delle situazioni reali altomedievali partendo, come può fallacemente sembrar naturale, dal soggetto, dallo schema individualista della proprietà, magari baloccandosi in dotte ricerche di termini come *proprietas* e *dominium* nei più remoti cartolari e nei più oscuri testi di legge, quando l'unico procedimento di pulizia metodologica sarebbe stato quello di sgombrar la mente dalla loro datatissima forma di approccio mentale, che misura il reale a seconda della sua corrispondenza allo schema della proprietà individuale.

Per l'alto medioevo un simile procedimento ha la stessa sensatezza di quel botanico che cerca frutti tropicali nelle campagne mediterranee. L'alto medioevo è una grande civiltà possessoria, dove l'aggettivo possessorio va inteso non in senso romanistico ma nella sua accezione finziana (7) di connotazione di un mondo di fatti né formale né ufficiale, però munito di effettività e di incisività. Senza presenze statuali ingombranti, senza ipoteche culturali, l'officina altomedievale riduce la proprietà a mero segno catastale e costruisce un sistema di situazioni reali fondato non già nel *dominium* e neppure nei *dominia* ma su molteplici posizioni di effettività economica sul bene.

È il regno dell'effettività, mentre scompare il vecchio ideale classico della validità, cioè della corrispondenza a modelli e tipi. Non architetture e forme sapientemente precostituite ma un rampollare disordinato e vivo di situazioni grezze, non filtrate da alcun vaglio culturale, che si impongono in base a fatti primordiali che sono l'apparenza, l'esercizio, il godimento. E, al centro dell'ordinamento e delle sue attenzioni, non più il soggetto con le proprie volizioni e presunzioni, ma la cosa con le sue naturali regole riposte, forza impressionante ogni forma giuridica, anzi costitutiva di ogni forma giuridica.

Qui abbiamo invenzioni strabocchevoli di istituti nuovi e anche sistemazioni dell'enorme materiale di nuovo conio, ma mai queste invenzioni e queste sistemazioni sono pensate dal punto di vista della proprietà. Lo schema proprietario come schema interpretativo è

(7) Possessorio nella accezione con cui questo aggettivo e il termine possesso vengono usati dal civilista Enrico Finzi nella sua classica trattazione su *Il possesso dei diritti* (1915).

sentito assai poco e la proprietà, senza essere smentita, resta una impalcatura inerte sulla quale si innestano con autonomia altre forze, che sono precisamente quelle produttrici dell'ordinamento in crescita. Per lo storico del diritto l'occhiale dell'appartenenza individuale — anche se la pluralizziamo al massimo — può addirittura diventar strumento di incomprensione, perché sono altri i legami fra soggetto e beni che emergono a livello giuridico e con cui si costruiscono quei rapporti che i giuristi chiamano reali, cioè radicati *in re*. Qui il problema centrale non è il vincolo formale ed esclusivo sancito dai libri fondiari, l'appartenenza del bene a qualcuno; è l'effettività sul bene prescindendo dalle sue formalizzazioni. Possiamo anche dire che è il ' possesso ' del bene, se — ripetiamolo, perché l'equivoco sarebbe troppo grosso — intendiam riferirci a una dimensione di fattualità contrapposta a un regno statico di forme ufficiali.

4. Il nostro inventario di rischi culturali per lo storico della proprietà non è ancora terminato. Nei punti precedenti la preoccupazione saliente era costituita dall'impoverimento di chi, plagiato da una cultura dell'appartenenza, o, peggio ancora, plagiato ben spesso da un certo modello individualistico di appartenenza, risolve tutto in una storia di proprietà con una operazione troppo riduttiva del ricco patrimonio storico.

Pericoli non minori lo storico delle forme proprietarie incontra anche all'interno di quelle esperienze che su tali forme si sono strutturate e vi hanno affidato la propria solidità; e sono pericoli di segno opposto ma parimente destoricizzanti.

Troppo spesso l'approccio dello storico del diritto è stato formalistico. In altre parole, ci si è accostati a quel nodo aggrovigliato di motivazioni che è la proprietà con la stessa candida disinvoltura con cui si può analizzare uno dei tanti istituti innocui della vita giuridica, per esempio il contratto di deposito, il patto di riscatto nella compravendita, l'intervento adesivo nel processo, e via dicendo; come se il discorso si potesse esaurire a livello della grammatica del giurista, della messa in opera del raffinato istrumentario tecnico del suo usuale laboratorio. E si è discorso soltanto dell'istituto proprietà; peggio ancora, si è discorso soltanto del

termine *dominium/proprietas* separando e isolando con la stessa cura di un istologo.

Che il giurista non deponga mai i suoi occhiali e, per dirla più severamente, il suo statuto epistemologico nemmeno — anzi, tanto meno — di fronte ad affioramenti complessi, plurivocali, pluridimensionali è un'esigenza elementare di identità; ma è inconsapevole bendarsi gli occhi rispetto a tutto il resto quando tutto il resto — forze strutturali, idealità, ideologie, atteggiamenti culturali — preme tanto da plasmare l'istituto giuridico e da fungere quale insopprimibile elemento interpretativo della sua stessa costituzione giuridica.

La proprietà è sicuramente anche un problema tecnico ma non è mai soltanto, nel suo continuo annodarsi con tutto il resto, un problema tecnico: dal di sotto, i grandi assetti delle strutture, dal di sopra, le grandi certezze antropologiche pongono sempre la proprietà al centro d'una società e d'una civiltà. La proprietà non consisterà mai in una regoletta tecnica ma in una risposta all'eterno problema del rapporto fra uomo e cose, della frizione fra mondo dei soggetti e mondo dei fenomeni, e colui che si accinge a ricostruirne la storia, lungi dal cedere a tentazioni isolazionistiche, dovrà, al contrario, tentar di collocarla sempre all'interno di una mentalità e di un sistema fondiario con funzione eminemente interpretativa.

Mentalità di come interagiscono il soggetto e i fenomeni, mentalità della forza e del ruolo attribuiti all'uno e agli altri nella visione del tutto. Sistema risultante dal complesso delle forme di appartenenza misurate entro il complesso di tutte le forme organizzative del reale economico, che si ridurrà per il medievista a forme organizzative della coltivazione e della produzione agraria, per il modernista anche della strutturazione di elaborate organizzazioni della civiltà mercantile evoluta e della civiltà industriale dove il capitalismo maturo offre, soprattutto in campo societario, vistose e raffinate scissioni fra proprietà e impresa, fra titolarità di un'appartenenza (capitale) e potere di gestione, impegnando il ricercatore in analisi giuridiche che possono essere tecnicamente puntuali solo in quanto registrino correttamente i complicati assetti economici retrostanti (il pensiero corre, palesemente, al mondo delle società per azioni nelle quali una civiltà capitalistica assai evoluta ha inciso a fondo sui vecchi schemi proprietari con innovazioni profonde sul tessuto

economico e sulle forme giuridiche, che hanno sconvolto la statica quiete della proprietà secolare) (8).

Se il formalismo giuridico è un nemico da battere perché il mondo delle proprietà non è mai un mondo di forme risecchite in una tecnica, esiste anche il pericolo di segno opposto che spenge e sfoca la diagnosi giuridica in un economicismo greve per tener dietro a una malintesa sollecitazione di concretezza; e si guarda programmaticamente soltanto ai fatti singoli e, poiché i fatti sono sempre segnati da un loro inevitabile particolarismo, si particolarizza lo sguardo fino a perdere la visione dell'insieme e la percezione del tessuto ideale che, in modo altrettanto inevitabile anche se invisibile, lega i fatti e ne consente una comprensione autenticamente storiografica.

Nei lacci di un simile malinteso mi pare che cada un espertissimo conoscitore del medioevo giuridico, Guido Astuti, quando, rallegrandosi, anni fa, per la fresca pubblicazione del cartolario di una grande abbazia benedettina — quella di San Pietro di Perugia — dovizioso di atti privati inerenti alla gestione della ben organizzata azienda monastica, esprime la convinzione che una storia della proprietà fondiaria in Italia potrà dirsi veramente fattibile soltanto quando sarà stata ricostruita la storia di tutte le aziende agrarie, e che pertanto lo storico del diritto è chiamato fino a quel momento a una simile ricostruzione laboriosa, minuta e particolarissima (9).

Non dico che questo non si possa — e, anzi, non si debba — fare; ma sostenere che sia l'unica strada da battere significa cedere alla tentazione grossolanamente positivistica che identifica la proprietà in un meccanismo organizzativo e la riduce a quella che è soltanto una sua proiezione a livello dei beni; che riduce il lavoro dello storico a un ammasso quantitativo di dati, come se la compiutezza d'una ricostruzione storiografica dipendesse dalla somma di una miriade di indagini particolari.

Ben vengano le indagini storico-economiche e storico-giuridiche

---

(8) Il pensiero corre a *The Modern Corporation and Private Property* (1932) di BERLE e MEANS, il breviario nordamericano di questo tipo di analisi.

(9) G. ASTUTI, *La struttura della proprietà fondiaria — Aspetti e problemi storico-giuridici,* in *Atti della prima assemblea dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato di Firenze — Firenze 4-8 aprile 1960,* Milano, 1962, vol. I, p. 37.

sulle singole grandi masse patrimoniali di questo o di quell'ente ecclesiastico (le uniche che riusciamo oggi a documentare, almeno per l'età medievale), e tenga lo storico ben aperte sul suo tavolo di lavoro le pagine di questi benemeriti esploratori, ma sappia che il problema storiografico della proprietà non si risolve con una addizione di tanti approcci atomistici perché questo problema non si esaurisce in una organizzazione delle strutture. Altrimenti, restiamo ancorati alla nozione strutturale di proprietà fondiaria, che è propria della vecchia storiografia ottocentesca franco-germanica di stampo positivistico e di cui una testimonianza tutt'altro che spregevole ma assai caratterizzata sono in Italia le risalenti ricerche di Pier Silverio Leicht ([10]).

Non è la somma meccanica delle tessere che ci darà il senso di un mosaico ma la loro fusione in un disegno. Ed è soprattutto sul disegno che si misura l'intuizione dello storico, quel sapere intuitivo che lo separa, per oggettivo e guadagnato privilegio, dalla falange degli eruditi. E se v'è certamente un disegno anche nel particolare, i suoi tratti divengon soprattutto evidenti nelle grandi linee prospettiche. Che non sia questa la strada dei genericismi e dei discorsi a vuoto, basterebbe il grande esempio di Marc Bloch a dimostrarlo, indagatore dagli studi severi, niente affatto seduto su nuvole idealistiche ma bene attaccato al suo scranno d'archivio e di biblioteca, che, per corrispondere pienamente al suo ' métier d'historien ', ci ha donato quelle sintesi illuminanti, di cui tutti ci siamo nutriti e che sono validissime, perennemente valide, malgrado il grande volo che esse percorrono (volo fatto talora di coraggio e di provvisorietà) perché sorrette dall'intuizione sovrana che supera il particolare, scava sotto le superfici, ritrova linee e nessi che l'erudito non aveva (né avrà mai) occhi capaci di percepire ([11]).

All'atomismo di quel giurista che ricostruisce con scolastica freddezza l'istituto nella sua aridità e inespressività tecnica e non si pone domande ulteriori e lo separa — devitalizzandolo — dal tutto che gli preme intorno, si contrappone l'atomismo di colui che

---

([10]) *Studi sulla proprietà fondiaria nel medioevo* (1903-07).

([11]) Per quanto attiene alla storia della proprietà fondiaria pensiamo soprattutto a *La société féodale* (1939-40) e a *Les caractères originaux de l'histoire rurale française* (1931).

annulla il giuridico sotto la coltre dei fatti strutturali. E invece, più che per ogni altro assetto del diritto, occorrerebbe al giurista che analizza storicamente le proprietà una duplice coscienza, perché le proprietà non saranno né potranno essere mai creature a una dimensione semplicisticamente inseribili in caselle prefabbricate.

5. Soffermiamoci ancora un poco su questo abbraccio delle strutture nel quale, in un passato remoto per entusiasmi positivistici, in un passato prossimo per fregole paleomarxiste, ci siamo interamente gettati.

È stata una sollecitazione che nasceva dall'incubo del formalismo, ed è stato senza dubbio un bagno salutare. Oggi sarebbe però giunto il momento di misurare i facili entusiasmi alla luce di una coscienza epistemologica più complessa. A nostro avviso, il gusto non sempre vigilato e controllato per la storia agraria, per la storia cioè del fatto tecnico ed economico coltivazione-produzione, gusto che ha contrassegnato e forse ancora contrassegna la storiografia europea, ha conferito a questa alcuni grossi pregi ma l'ha anche viziata di un difetto fondamentale di sordità verso valori e forze dissimili; come giuristi, vorremmo poi invitare a una maggior cautela quegli storici del diritto che vi hanno visto la possibilità quasi taumaturgica di rinsanguamenti e anche di rigenerazioni.

Mentre per le età più vicine il salvataggio sta nella enorme ricchezza di un puntuale materiale archivistico, per l'età medievale il panorama è sconcertante. Fatta con animo disponibile la lettura dei tanti volumi di storia agraria dell'alto e tardo medioevo, ne emerge per il povero lettore un quadro abbastanza confuso. Il canone metodico è sempre quello di legare deterministicamente il mutamento sociale, la fioritura, la crisi ai precisi fatti strutturali. Sarà per taluno la sovrappopolazione rispetto alla quantità delle superfici coltivate, per talaltro lo scarso progresso tecnico delle colture, per talaltro ancora la debolezza del modo di produzione feudale; e chi invoca la crisi demografica in seguito a carestie ed epidemie, e chi ama insistere sui movimenti dei prezzi e delle rendite. Con un risultato spesso assai esile: esplorazioni relative a un ristretto ambiente regionale o addirittura aziendale che subiscono un innalzamento a modello, indagini basate su *fatti* particolari che vengono indebitamente generalizzate; scarsità di dati provenienti da una

documentazione inadatta a trarvi statistiche, che è chiamata a sorreggere conclusioni sproporzionate; e sempre dominante l'ingenua illusione positivistica della scoperta del meccanismo monocausale da sottolineare nella pagina d'un libro di scienza con la stessa disinvoltura del giornalista in cerca di facile gloria che sbatte sulla prima pagina d'un'effemeride il prefabbricato colpevole da offrire in pasto alla folla. Spesso una fantasmagoria di ipotesi claudicanti ammantata tuttavia dal parossistico richiamo al dato concreto anche se questo è, in mancanza d'altro, lo squarcio di un *chronicon* fantasioso, o un dato grezzamente episodico.

Ebbene — diciamolo con franchezza — lo storico non può non avvertire un senso vivissimo di disagio nel leggere queste palafitticole pagine, che vorrebbero essere storiografiche. E il disagio nasce dal sentirle troppo pervase dal gusto perverso dell'episodico e dal constatare il salto di piano che a quella realtà episodica si fa compiere. Anche a voler positivisticamente (o materialisticamente) mantenere il proprio sguardo al livello delle strutture, si avverte la mancanza di respiro quando si vede la totale assenza di un tentativo che investa i rapporti e il modo di produzione per organizzare la diaspora dei dati entro il suo naturale tessuto di civiltà e per operarne così una comprensione autenticamente storiografica. Si sarebbe poi auspicato un secondo — più arduo, più difficile ma decisivo — tentativo: quello di agganciare l'enorme massa di granelli di polvere al piano delle mentalità e del costume; ma soltanto di rado la storia agraria medievale, sottratta alle mani del tecnologo e consegnata nelle mani d'uno storico di rango, ha avuto una simile buona sorte.

Proprio per queste carenze essa non è in grado di offrire allo storico del diritto quell'ausilio che ci si sarebbe potuto attendere. Certamente, offre sempre una miniera di dati dissepolti dalle fonti più varie, e dati utili, su cui si fa bene a contare ma su cui si fa altrettanto bene a non affidarsi interamente.

Lo storico del diritto, quando fa la storia delle situazioni reali, non può non restare insoddisfatto di questa loro chiusura nel grembo di una vicenda di strutture, nel grembo di un paesaggio agrario. Si coglie in tal modo soltanto il lato esterno del suo divenire dove le forme di gestione e di appartenenza sono appunto soprattutto organizzazione fondiaria e dove la dimensione giuridica si

stempera in quella economica fino a confondervisi; ma resta in ombra ciò che vorremmo chiamare la storia interna dell'istituto, un terreno che impegna il giurista in prima persona e che non è né artificio né forzatura, bensì una dimensione della storia di sempre, anche se non sempre facilmente percepibile (12).

Cerchiamo di spiegarci. Abbandoni e colonizzazioni di terre, crisi produttive, crisi demografiche, alternanze nelle situazioni di forza dei concedenti o dei concessionarii sono stati via via identificati come i motivi sotterranei del modificarsi degli assetti proprietarii. Né saremmo noi a negarlo. Occorre tuttavia fare un passo innanzi e rendere più complesso e più appagante il panorama storico, che è insofferente di troppo deterministici legami. Il mondo delle situazioni reali, per quel suo schietto esprimere scelte fondamentali del soggetto e della comunità, non può essere ridotto a meccanica conseguenza di certi fatti tecnici, economici o addirittura demografici; chiede, al contrario, di essere inserito, come ora si diceva, in una mentalità, in un costume.

Prendiamo ad esempio il regime medievale delle proprietà, che domina (almeno a livello giuridico) fino al secolo XIX: ebbene, noi siamo convinti che sia senza dubbio frutto d'una domanda delle strutture, ma che abbia acquisito forza, suggestione, capacità incisiva proprio perché espressione fedele d'una mentalità, perché radicato nell'ossatura degli operatori e non scritto superficialmente sulla loro pelle. Ciò soltanto spiega persistenze vigorose anche ben oltre il terreno delle forze economiche e sociali che pure avevano concorso a plasmarlo; o la costanza di certi orientamenti malgrado la varietà e diversità delle aree spaziali. Se in zone intimamente pervase da venature feudali, come la Francia del Centro-Nord e la Germania, la mentalità che vuole premiare le situazioni effettive si incarnerà nello schema della *tenure* feudale, in Italia la stessa mentalità produrrà quei frutti singolari che sono l'enfiteusi medievale, la locazione a lungo termine, il livello, assetti giuridici diversissimi ma ricondotti

(12) Non sarà facile percepire questa dimensione nella prassi altomedievale, per sue carenze culturali portata alla fusione tra fatto e diritto, e dove il diritto più che costruzione formale è mentalità; sarà invece facile in esperienze che, per loro forza speculativa, conferiscono alla riflessione scientifica una posizione dominante.

dalla stessa mentalità circolante al denominatore comune di ciò che i giuristi chiamano dominio diviso.

I volumi di storia agraria — quello assai noto e diffuso di Abel ([13]), per esempio — sono ridondanti di lunghe esposizioni delle curve delle rendite fondiarie e dei prezzi dei prodotti agricoli. Dati certamente non privi di interesse, ma che suscitano una legittima domanda nello storico del diritto: fino a che punto avevano un potere incisivo sulla piattaforma consuetudinaria alla quale erano da secoli saldamente ancorati proprietà, diritti reali, rapporti di concessione fondiaria? La tradizione giuridica e il costume sociale, per essere incrinati nella loro orditura compattissima e nella loro provata impermeabilità, han bisogno che un intero complesso di forze incida continuativamente sulla mentalità collettiva.

Paradossalmente — ma con la verità di cui ogni paradosso è portatore — potremmo dire che l'assetto fondiario di un certo momento storico è assai più quello che circola invisibile nell'aria di quel momento, che non quello che risulta inscritto tra i segni sensibili del paesaggio agrario.

6. Un rilevante punto di metodo che emerge è l'esigenza di un ricorso critico al serbatoio della storia agraria. Non creda lo storico del diritto di trovarvi la panacea capace di esaudire le sue aspirazioni. Poiché proprietà è soprattutto mentalità, il cumulo di dati tecnico-agrari può, in determinati contesti, fungere anzi, o per contrasto o per estraneità o per non-coincidenza rispetto a quella, da elemento storiograficamente fuorviante.

A questa prima sacrosanta considerazione dobbiamo però aggiungerne subito un'altra, che avvalora e reclama un atteggiamento critico: sotto un altro aspetto il ricorso non vigile alla storia agraria può dimostrarsi fuorviante, ed è che uno sguardo troppo particolarizzato sui dati tecnico-agrari e sul versante esterno (organizzativo-fattuale) della proprietà rischia di far perdere di vista la dimensione giuridica dell'assetto reale.

Si badi. Non intendiamo riesumare né il cadavere della vecchia *Isolierung* né ricadere nel tranello del formalismo. Vogliamo soltanto

---

([13]) Wilhelm ABEL, *Agrarkrisen, und Agrarkonjunktur. Eine Geschichte der Land- und Ernährungswirtschaft Mitteleuropas seit dem hohen Mittelalter* (1935).

rivendicare un'inabdicabile identità allo storico del diritto, al suo mestiere, alla sua conoscenza scientifica; un'identità su cui soltanto si fonda la sua cittadinanza intellettuale e la sua utilità sociale. Egli ha il dovere — l'abbiam detto prima — di non dimenticare che il giuridico è immerso nel sociale, ma ha anche il dovere — di pari intensità — di ricostruire quel giuridico nella sua specificità.

Venendo sul nostro terreno, nozione giuridica di proprietà significa non una nozione generica, bensì specifica, rivolta all'interno di quell'universo specifico che è il diritto. Il quale certamente non è né una nuvola sulla città nè un esercizio retorico dei giuristi; il quale certamente è immagine della società ma della quale non rispecchia alluvionalmente la realtà indistinta e globale, bensì certi valori storicamente consolidati, autonomamente considerati e interpretati alla luce di un alfabeto e di una grammatica che costituiscono una vera e propria rappresentazione tecnica. La proprietà dei giuristi è un *quid* qualitativamente diverso non perché i giuristi lo pensano diverso ma perché colgono del nodo avviluppato e complicato della proprietà solo certi aspetti e non altri; la proprietà dei giuristi è soprattutto potere *sulla* cosa, mentre la proprietà degli economisti è soprattutto ricchezza, rendita *dalla* cosa. E quando si mescolano indebitamente, senza cautele, senza rispetto per le individualità oggettive dell'una e dell'altra, i due profili, ne scaturisce un discorso oscuro ed equivoco, che sul piano scientifico non giova proprio a nessuno.

Ecco la pagina d'uno storico dell'economia che, con qualche inconsapevolezza, maneggia la grammatica dei giuristi: «parlando di proprietà privata, intendiamo tenere presente più l'aspetto economico che quello strettamente giuridico; riteniamo cioè di poter definire come proprietà tutte le forme di possesso pieno ed esclusivo della terra, anche se quest'ultima è gravata da vincoli ed oneri, che, a rigore, dovrebbero rendere impossibile la trasformazione del semplice possesso in un vero e pieno rapporto giuridico di proprietà» (14). Frase priva di rigore nel momento in cui mescola indebitamente nozione economica e nozione giuridica, quando presume di fissare linee definitorie desunte da questa più che da quella,

(14) F. CAZZOLA, *La proprietà terriera nel Polesine di S. Giorgio di Ferrara nel secolo XVI*, Milano, 1970, p. 6.

e che è degna d'un sol commento da parte di un giurista: maneggiar validamente una grammatica consiste nel conoscerne le regole e nell'applicarle e non nel ripetere termini e nozioni a vuoto o a sproposito. La dimensione giuridica non è né esoterica né riservata, ma, presupponendo un secolare statuto epistemologico, esige nelle mani dell'operatore quell'istrumentario, appunto definitorio, approntato da una tradizione scientifica consolidata.

Senza dimenticare tutto il resto, occorre fondare e centrare il discorso storico-giuridico su un osservatorio autonomo che esalti questa grammatica e soprattutto su quelle fonti che siano in grado di esprimere compiutamente il particolare approccio conoscitivo della realtà e di essa costruttivo che è il diritto. Su ciò torneremo fra breve, quando riprenderemo anche il tema della proprietà come mentalità, ma non vogliamo ora esimerci da un accenno fugace che può fungere da illuminante corollario e postilla a tutto quanto si è detto in tema di storia agraria.

Abbiamo espresso diffidenza sulle statistiche e sulle curve che essa ci porge, e abbiam cercato di motivare questa diffidenza. Varrà da motivazione ulteriore e concreta qualche considerazione su una fonte tipica della storia agraria, la quale per incarnarsi in strumenti giuridici potrebbe sembrare adeguata ai bisogni dello storico del diritto. Intendiam riferirci ai catasti. Il riferimento è tanto più necessario giacché si tratta di fonti che hanno avuto e hanno una cospicua valorizzazione da parte della storiografia economica (in modo particolare dalla scuola bolognese), e hanno recentemente suscitato un generale interesse e una diligente attenzione.

Come complesso di operazioni mirante all'accertamento della consistenza e rendita dei beni, nonché dell'effettivo percepimento di questa, ai fini dell'imposizione di tributi da parte dei pubblici poteri, il catasto è formalmente un procedimento giuridico ma con finalità e contenuti esclusivamente economici. È ovvio che vi si parli di proprietà e di proprietari, l'una e gli altri tuttavia pensati e collocati nella sfera dei rapporti economici non come nomenclatura precisa e rigorosa conseguente a qualità giuridicamente rilevanti ma come contrassegno d'una sostanza economica da colpire tributariamente; per cui proprietà arriva ad identificarsi con una nozione concettualmente generica anche se economicamente corposa di detenzione della ricchezza fondiaria e percezione della rendita, una nozione che

non ha nulla a che spartire con il potere costruito dai giuristi quale cardine dell'ordine giuridico.

E come fonte generica i catasti rivelano la loro inadeguatezza per lo storico del diritto. Quando Porisini ci informa che nel catasto ravennate del secolo XVI non si fanno distinzioni fra proprietà e diritti reali limitati (15), deve ciò essere interpretato come una tendenza ad assimilare le due fasce di situazioni giuridiche, o è più semplicemente una confusione dell'ufficiale accatastatore che, inconsapevolmente ma anche legittimamente almeno dal suo punto di vista, ha fatto d'ogni erba un fascio? Quando Imberciadori, a proposito del catasto senese del 1316, ci riferisce che la dizione usuale è «habet possessionem» (16), o quando Anselmi per il catasto roveresco del tardo Quattrocento ci segnala che «qui la proprietà è definita catastalmente con la dizione ' ha terra '» (17), qual'è il volto giuridico da dare a queste vaghissime figure?

Si dovrà dire soltanto che hanno volto economico ma non giuridico, nel senso che si tratta di figure pensate e risolte al di là di ogni grammatica giuridica sia pure elementare. L'economista, che pur qualifica le fonti catastali come «uno strumento ricco e infido» (18), può contentarsi di conoscere l'ammontare della rendita dominicale e chi effettivamente la percepisce, e, se da parte di qualche personalità sensibile si insiste sulla necessità metodica «di mettere bene in chiaro cosa è la proprietà e cosa significa disporne» (19), è però del tutto comprensibile che egli definisca come soddisfacente «ai fini della conoscenza economica» la generale intestazione dei beni «al possessore reale: pieno proprietario o enfiteuta, usufruttuario ecc.» (20), dal momento che quel che gli

---

(15) G. Porisini, *La proprietà terriera nel Comune di Ravenna dalla metà del secolo XVI ai giorni nostri,* Milano, 1963, p. 12, n. 12.

(16) I. Imberciadori, *Il catasto senese del 1316,* in *Archivio ' Vittorio Scialoja ',* VI (1939), p. 154.

(17) S. Anselmi, *Insediamenti, agricoltura, proprietà nel ducato roveresco: la catastazione del 1489-1490,* in *Quaderni storici,* 28 (1975), p. 79, n. 133.

(18) R. Zangheri, *Catasti e storia della proprietà terriera,* Torino, 1980, p. VII.

(19) M. Berengo, *A proposito di proprietà fondiaria,* in *Rivista storica italiana,* LXXXII (1970), p. 21 ss..

(20) R. Zangheri, *La proprietà terriera e le origini del Risorgimento nel Bolognese. I. 1789-1804,* Bologna, 1961, p. 80.

preme è «identificare non tanto la figura giuridica del proprietario, bensì la persona o l'aggregato di persone che percepisce la rendita dominicale».

Questa identificazione mancata — perché irrilevante e quindi né voluta né cercata dall'ufficiale accatastatore — preme invece al giurista, di fronte al quale le fonti catastali appaiono come descrizione troppo spesso grossolana e confusa. Puntualizzano bene ciò che importa dal punto di vista estimativo, e cioè il reddito realmente percepito e la condizione di godibilità del bene, ma la descrizione del grado di appartenenza è sommaria *(ha, habet),* e il giurista torna a domandarsi all'infinito, senza averne risposta, se si tratta di proprietario pieno o di utilista, di usufruttuario od enfiteuta, locatario a lungo termine o livellario: né si tratta di decorazioni nominali ma di situazioni diverse da cui discendono e a cui sono connesse conseguenze giuridiche diverse. Il giurista, se vuol corrispondere in pieno al suo mestiere, deve spingersi molto più in là e più addentro

7. Fare delle proprietà un elemento del paesaggio storico grazie agli strumenti della storia agraria è dunque meritorio purché si eviti il rischio di disperdere nella varietà del paesaggio la limpidezza della dimensione giuridica, che non è né forzatura né invenzione ma una realtà ontica da individuare e mettere in evidenza. Aggiungiamo anche, insistendo su temi già accennati, purché tra i mille fatti che compongono quel paesaggio non si perda di vista il reticolato di linee portanti, che non è tangibile, che corre anzi sotterraneo o circola invisibile nell'aria, ma che, non per questo, è meno presente e incombente come forza di un certo clima storico.

La proprietà, le proprietà — abbiam detto sopra e ripetiamo ora come degnità rispettabile — prima di essere paesaggio sono mentalità. L'ipotesi di lavoro è tanto difficile quanto suggestiva ma è forse il sentiero sicuro da percorrere da parte dello storico del diritto.

Se la mentalità è quel complesso di valori circolanti in un'area spaziale e temporale capace per la sua vitalità di superare la diaspora di fatti ed episodi sparsi e di costituire il tessuto connettivo nascosto e costante di quell'area, ed è pertanto da cogliersi come realtà unitiva, il suo terreno è senz'altro congeniale e familiare al giurista, un intellettuale dominato per sua natura (perché fa sempre i conti con il livello dei valori) da una intima tensione alla sincronia e al

sistema, cioè alla unificazione organica dei dati. Con sguardo prevalentemente sincronico giacché i valori tendono a permeare la globalità dell'esperienza, con atteggiamento prevalentemente sistematico giacché i valori tendono a permanere e a cristallizzarsi, il giurista si sente a suo agio — quasi, si direbbe, a casa propria — sul terreno delle mentalità; è qui che il giuridico ha le sue radici. Considerazione che, qualche mese addietro, in un convegno internazionale sui rapporti fra storia sociale e dimensione giuridica, ci portava a sottolineare intensamente (acciocchè gli orecchi degli amici della *nouvelle histoire* intendessero) una possibile percezione del diritto e dell'istituto giuridico come mentalità, fedelmente espressivi d'una mentalità (21).

Si aggiunga una precisazione che concerne la proprietà: in essa, forse più che in ogni altro istituto del diritto, si esalta e si esaspera quanto si sta dicendo ora del giuridico, perché essa, rompendo la trama superficiale delle forme, si lega necessariamente — per un verso — a una antropologia, a una visione dell'uomo nel mondo, — per un altro —, in grazia del suo vincolo strettissimo con interessi vitali di singoli e di classi, a una ideologia. La proprietà è, per queste insopprimibili radici, più di ogni altro istituto, mentalità, anzi mentalità profonda. Lo storico, abituato alla corsa incessante del sociale, nel campo dei rapporti di appartenenza e reali è costretto a un rilievo obbiettivo: mutano i paesaggi agrari, passano gli assetti sociali ma la stessa mentalità talvolta persiste; talvolta, spesso, v'è una sua permanenza anche oltre quelli che potevano sembrare a un occhio non penetrante i termini naturali del suo campo d'azione.

Se per esperienza giuridica intendiamo dietro al filosofo (22) un modo armonico ed omogeneo di sentire, concepire, vivere il diritto, si potrebbe con sicurezza pensare a una proprietà specchio dell'e-

---

(21) Ci riferiamo al convegno su ' Storia sociale e dimensione giuridica ', tenuto a Firenze il 26-27 aprile 1985, nel quale toccò allo scrivente di leggere l'introduzione generale ai lavori e a Jacques Le Goff, Cinzio Violante e Mario Sbriccoli le relazioni fondamentali. Gli ' Atti ' sono ora in corso di pubblicazione presso l'editore Giuffré di Milano come ventiduesimo volume della Biblioteca ' Per la storia del pensiero giuridico moderno '.

(22) Soltanto per l'eventuale lettore non-giurista precisiamo qui che il riferimento è a Giuseppe Capograssi, uno dei protagonisti della filosofia giuridica italiana del Novecento, da noi già menzionato alla nota 3.

sperienza e naturalmente rinchiusa nella nicchia conveniente da questa rappresentata. Ma chi ragionasse in questa guisa sensatissima dimostrerebbe di non tener conto della realtà sommersa delle mentalità dove ragionevole e irrazionale, consapevole e inconscio, si compenetrano vicendevolmente.

L'idea paradossale e, a prima vista, sconcertante di una storia immobile, che constatiamo enunciata e sostenuta con vigore e convinzione in seno alla più recente e provveduta riflessione storiografica (23), non stupisce lo storico del diritto. E non tanto, come direbbe uno dei troppo facili detrattori che si annidano nel gregge dei non-giuristi, perché lo storico-giurista è ricostruttore di forme sclerotizzate e di ufficialità rigide, quanto perché egli deve quotidianamente fare i conti con le mentalità, perché il diritto è fisiologicamente una mentalità affondata nella coscienza sociale.

Il generico storico della cultura e della società non dovrebbe perdere l'occasione per una riflessione realistica: che, nell'universo giuridico, le forme sono spesso soltanto le punte emergenti di un gigantesco edificio sommerso, un edificio costruito su valori e che a quei valori chiede innanzi tutto il suo esser diritto, regola osservata e rispettata perché aderente alle scaturigini più vive d'un costume, di credenze religiose, di certezze sociali. Solo tutto questo può spiegare il cospicuo ritardo della costruzione giuridica d'una nuova proprietà, per la quale occorre attendere il secolo decimonono, e, ancora in questo maturo scorcio dell'età moderna, portando con sé ambivalenze, contraddizioni, incertezze. I valori sono, certo, storicamente variabili, ma la loro è variazione lenta, faticosa, non indolore; e il loro prodotto — una certa invenzione giuridica dell'appartenenza, nel nostro caso il sistema medievale delle proprietà — continua a vivere quasi oltre la sua vita naturale; serpeggiando fra le strutture e arrivando perfino a condizionarne il divenire, ma soprattutto annidandosi nelle coscienze.

Se così è, se proprietà è soprattutto una certa mentalità proprietaria, se — più in generale — il mondo delle situazioni reali è

(23) *L'histoire immobile* è il titolo della lezione inaugurale di Emmanuel Le Roy Ladurie tenuta il 30 novembre 1973 al Collège de France. Le Roy Ladurie riferisce l'espressione a un contesto ben diverso dal nostro, cogliendo altre immobilità. L'istanza metodica di revisione di vecchi luoghi comuni è tuttavia consonante.

speculare di radicazioni che vanno ben oltre il giuridico, addirittura nella zona insondabile del preconscio; se così è, è ovvio che si ponga per lo storico del diritto, uomo dalla doppia coscienza, una duplice esigenza per quanto attiene alle sue fonti. Esse dovranno dilatarsi fino a consentire la storicizzazione dei dati giuridici, ma dovranno sempre verificarsi e mettersi a fuoco sul terreno — che sembra più angusto ma che è soltanto più riposato e decantato — delle scelte tecniche. Fra queste due tensioni, che corrono talvolta in senso contrario e che sono, comunque, culturalmente assai diversificate, sta il povero operatore incurvato sotto il peso di un fardello troppo grosso per le sue spalle.

Come potrebbe lo storico delle scaturigini di una proprietà moderna, esplorando fra medioevo ed età nuova, fare a meno delle analisi di quel provvedutissimo antropologo di ieri che è il teologo? La teologia volontaristica del Trecento e del Quattrocento, prima, la Seconda Scolastica spagnola, poi, gli offriranno preziosi elementi per seguire il nascosto filo d'Arianna che dalle vecchie proprietà giuridiche conduce invisibile ma sicuro alla nuova proprietà delle carte costituzionali settecentesche e dei codici ottocenteschi. E come, ugualmente, potrebbe lo stesso storico seguire più tardi lo stesso filo secreto se non approfondisse e facesse sue le intuizioni e le diagnosi della filosofia politica anglo-francese? Sarà l'individualismo possessivo sei-settecentesco sommariamente identificabile nelle punte emergenti di Locke e dei Fisiocratici che, raccogliendo le critiche erosive di precedenti filoni teologici, interpretando il senso dei rivolgimenti culturali e facendo suo il disegno progettuale di ceti emergenti, costruirà lentamente un nuovo modello antropologico del rapporto soggetto-fenomeni, uomo-beni, l'unico che, agendo a livello di mentalità, potrà permettere di dissolvere e cacciare dal fondo delle coscienze il nodo gordiano della mentalità precedente facendo affiorare, alla fine, una costruzione giuridica rinnovata.

La gamma delle fonti non può che esser larga e varia per tener dietro a questa legittima ansia di comprensione che è al cuore del mestiere di storico, e in essa troveranno senz'altro posto anche i dati offerti dalla storia agraria e catastale verso i quali abbiamo pur frenato l'incontrollato entusiasmo del giurista e i quali non saranno in grado per la loro natura di offrire che un contributo relativo per una ricostruzione secondo l'ottica proposta.

Ma, allora, ci poniamo forse in contraddizione con le nostre conclusioni precedenti? Non ci sembra, perché è chiaro che il lavorio dello storico del diritto, nel momento in cui guarda a fatti economici, riflessioni teologiche, analisi politologiche è soltanto a un primo stadio della propria ricerca, essenziale ma preparatorio. Dal viluppo delle mentalità è quella giuridica che egli vuole evocare, ed è a una proprietà come costruzione giuridica che vuole arrivare nel suo itinerario di comprensione. Tutto dovrà essere verificato su quel terreno specifico delle architetture tecniche cui ci si richiamava poco fa e su fonti capaci di mostrare con nitidezza le linee di simili architetture.

Quindi, non un isolamento di fonti giuridiche quasi che solo in esse si condensasse l'universo dello storico del diritto, ma un approdo inevitabile ad esse come momento di verifica e di identificazione del proprio oggetto conoscitivo e del proprio meccanismo di conoscenza. A seconda delle diverse società e civiltà storiche saranno maggiormente utilizzabili ora atti legislativi, ora rogiti notarili, ora atti giudiziali, ora riflessioni dottrinali. Se l'interprete dell'alto medioevo, di fronte al risecchimento della riflessione giuridica, si rifugerà soprattutto nella ricca e illuminante prassi documentale e giudiziaria, l'indagatore del Rinascimento giuridico collocherà nella *scientia iuris* il centro dei suoi interessi. Sempre farà tuttavia bene lo storico a non isolare questa o quella fonte, nel tentativo di ottenere da un messaggio corale la voce stessa dell'esperienza nella sua globalità.

Pur con queste elementari cautele di metodo, pur in questo spirito tendenzialmente onnicomprensivo, a fonte principe per ricostruire una mentalità giuridica assurge però la scienza; in guisa ridotta nello Stato di diritto moderno dove essa è stata espropriata dell'officio di produrre — o di concorrere a produrre — la *regula iuris,* in guisa piena negli ordinamenti non legalistici dove al ceto dei giuristi è consegnato l'onere e il privilegio della produzione e dell'adeguamento. Sempre, tuttavia, la scienza è, in quanto coscienza riflessa, speculare delle mentalità circolanti.

Non vorremmo pertanto che le diffidenze, emerse recentissimamente in autorevoli testimonianze della storiografia giuridica italiana preoccupate per gli esiti talora non felici degli ultimi rigurgiti idealistici, si mutassero in un atteggiamento scettico verso la capacità

dell'analisi scientifica di essere espressiva dell'esperienza nella sua vivacità, giacché «la multiforme vita del diritto» non può che sfuggire ed essere anzi estranea alle «astratte architetture teoriche inventate dai giureconsulti» (24).

Che la dottrina abbia talora peccato di astrattezza, di sterilità, di distacco dalla società e dalla cultura è un fatto non smentibile, ma non dobbiamo arrestarci agli aspetti patologici per condannare genericamente e ingiustamente la dimensione più puntuale del diritto nel suo farsi storia. Ricordiamoci che la scienza unisce per lo storico delle proprietà due aspetti estremamente positivi: è disvelatrice di tutta l'avventura tecnica della costruzione giuridica, che nelle trame della analisi scientifica si disnoda e si compie con pienezza; è disvelatrice con particolare sonorità, entro l'orditura del discorso tecnico, di precise scelte ideologiche.

L'essenziale è che lo storico rifugga dalla opinione singola, sia vigile nel chiedere alla dottrina di essere voce di un ceto, ami distendersi nelle realtà corali dove si riduce o si estingue il rischio di astrattezza e di isolamento. In questo caso, il discorso più arroccato nella tecnica apparentemente più arida è in qualche modo connesso, immediatamente o mediatamente, con le grandi istanze della società, per affermarle o per negarle, per riceverle o per contrastarle; e sempre la tecnica è filtro e protezione, scrittura a due inchiostri, uno dei quali — quello ideologico — può esser letto con difficoltà soltanto dalla bravura dell'osservatore che dà spessore a quanto sembra piatto a una prima scorsa frettolosa. Se la pagina tecnica dello scienziato è letta controluce, sia per il suo contributo conoscitivo, sia anche per quello meta-conoscitivo; se è inserita in un tessuto corale, essa è la fonte primaria dalla quale lo storico del diritto deve almeno partire.

Tutto questo si esalta al massimo grado nella grande riflessione dottrinale in cui si incarna il diritto comune classico, dai Glossatori

---

(24) Così Ennio CORTESE, *Nel ricordo di Antonio Era. Una proposta per la datazione della 'Carta de logu' d'Arborea,* in *Quaderni sardi di storia,* 3 (luglio 1981 — giugno 1983), p. 25. Dello stesso Autore si veda anche *Storia del diritto italiano,* in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia,* Milano, 1982, p. 821. Cfr. anche U. NICOLINI, *Per una maggiore concretezza negli studi storico-giuridici,* in *Studi in onore di Biondo Biondi,* III, Milano, 1963, p. 22 ss..

al tardo Commento, dal secolo undicesimo al Cinquecento; per due elementari motivi: perché è scienza prodotta al centro della città terrena, in essa bene inserita, impegnata com'è nella costruzione delle architetture giuridiche della società e a questo espressamente vocata; perché, se per formalismo intendiamo la creazione di un castello di forme intellettualmente probanti e suadenti ma privo di un riscontro nella efficacia delle forze storiche, è questa una dottrina non ancora catturata dalle lusinghe del formalismo. O, se v'è anche in essa la tentazione perenne della costruzione d'una dogmatica pura, è sempre superata perché sempre intrisa da un forte spirito realista, da quella salutare esigenza di verifica con la realtà che è stata la valvola di salvezza di molte avventure dei giuristi nella storia. Il problema della vigenza delle fonti romane e le soluzioni dai dottori inventate nella crisi dell'approccio fra quelle fonti remote e la realtà quotidiana medievale e protomoderna stanno a dimostrarlo. Dimostrano che essi non sono personaggi liberi da condizionamenti formalistici ma hanno risorse di spregiudicatezza, di fantasia, di consapevolezza storica tali da superarli, o almeno da mitridatizzarli costituendo cordoni ombelicali non recidibili con la realtà effettiva.

8. Con il piccolo bagaglio di cose utili raggranellato nelle pagine precedenti possiamo spingerci a tentar di seguire la linea d'uno svolgimento e a tracciare sommariamente l'itinerario, con almeno un granello di metodica provvedutezza da portar sempre nel cavo della nostra mano: che la storia della appartenenza e dei rapporti giuridici sulle cose è necessariamente segnata da una profonda discontinuità; necessariamente, giacché proprietà è soprattutto mentalità. Ossia non si riduce mai a una pura forma e a un puro concetto ma è sempre un assetto sostanziale, un nodo di convinzioni, sentimenti, certezze speculative, interessi grezzi, tanto che sarebbe avventatissimo — e addirittura risibile — chi tentasse di inseguire, in questo terreno, una storia di termini, di parole.

«Propriété, propriétaire: que voilà appliqués au Moyen Age des mots lourds d'équivoques», ci ha ammonito Bloch in anni ormai lontani ma con un ammonimento da raccogliere e far nostro anche oggi come avvertenza generale che travalica i confini della complessa

realtà medievale (25). Chi volesse affidarsi alle parole — e c'è pur stato — verrebbe a collezionare insensatamente degli involucri vuoti che la storia si è premurata per conto suo di riempire dei contenuti più varii senza preoccuparsi di continuità verbali. Per lo storico l'essenziale è non lasciarsi irretire da identità formali ingannevoli, arrivando con sicurezza ai concreti assetti giuridici che costituiscono la differenziata risposta degli ordinamenti storici sul problema dei rapporti reali. Tante ' proprietà ' — per così dire — quante sono le esperienze giuridiche succedutesi nel tempo. E qui cade acconcia una ulteriore precisazione, che è connessa al nostro attuale discorso.

Se illusoria è la ricerca d'un termine quasi che avesse la virtù evocativa (che non ha), non meno illusoria — e più subdola, e strisciante — è una mera continuità di forme. Da un punto di vista sociale la storia dell'Occidente europeo non ha mai rovesciato il caposaldo della proprietà individuale; lo stesso alto medioevo, pur con un dilatarsi di forme gestionali collettive e individuali non-proprietarie, ha mantenuto un'idea formale di proprietà individuale come momento legittimante dell'appartenenza. E si può, in teoria, lecitamente pensare alla continuità nella intestazione formale di un latifondo dall'età classica per tutta l'età barbarica fino al Rinascimento del secolo dodicesimo.

È questa una continuità appagante per lo storico del diritto? E si appagherà, in particolare, lo storico della ' proprietà ' di ridurre il suo oggetto storiografico a quello di un segno catastale? O non dovrà ampliare il proprio sguardo per vedere se, per caso, accanto a una proprietà formale sempre più devitalizzata ed esautorata non emergano delle sostanze para-proprietarie munite d'una vistosa effettività? Per la individuazione della ' proprietà ' il segno catastale è soltanto un fatto presuntivo. Proprietà è infatti, in ogni caso, potere sulla cosa, e potremmo tranquillamente definirla come la situazione di potere diretta e immediata sul bene tutelata dall'ordinamento nella maniera più intensa. A quale situazione l'ordinamento altomedievale concederà la propria attenzione e, di conseguenza, la tutela più intensa? Alla proprietà-segno, o al complesso di situazioni

(25) M. Bloch, *Village et seigneurie: quelques observations de méthode à propos d'une étude sur la Bourgogne,* in *Annales d'histoire économique et sociale,* IX (1937), p. 497.

di effettività sul bene (le si chiamino pure *gewere,* o *vestitura*), nelle quali è condensata una vasta gamma di poteri?

Non v'è dubbio che l'ordinamento opta per le seconde, e con questa opzione soffre d'una contraddizione insanabile: nella separazione (che è anche opposizione) tra forma ufficiale e sostanza effettuale, tutela come proprietarii assetti che non sono formalmente tali rispettando la loro funzione di protagonisti della vita economica. La risposta giuridica dell'ordinamento altomedievale è in questo spostamento dell'attenzione e della tutela, ed è qui la sua voce significante per lo storico dei rapporti reali e anche dello stesso rapporto di appartenenza: quella tutela, dapprima informe e fattuale, è il primo passo che si innesta su un itinerario che sboccherà successivamente nel conferimento d'una dignità formalmente proprietaria alle sostanze economico-giuridiche già percepite come proprietarie.

Probabilmente aveva, ancora una volta, ragione l'ingegno acutissimo di Bloch, un non-giurista intriso di senso giuridico, quando confessava in una delle tante scintillanti recensioni disseminate nei primi volumi delle sue ' Annales ': «je n'aime guère appliqué au moyen âge le mot ' propriété '» (26). Aveva ragione di non amare questa indicazione equivoca perché causa di possibili disorientamenti e perché inadatta a descrivere un troppo dissimile materiale storico. Tuttavia, come noi, anche Bloch, nei suoi lavori medievistici, finiva per parlare di ' proprietà ', sia pure come riferimento convenzionale, come un modo perché tutti potessero intendere che il problema in questione era quello della realità massima, quello che oggi noi identifichiamo appunto come ' proprietà '. Per continuare nell'uso strumentale di questo schema mentale, lo storico della ' proprietà ' — che deve sempre essere storico almeno de ' le proprietà ' —, rifiutandosi di isolare il rapporto formalmente proprietario, allargando, come più sopra si diceva, la propria analisi a tutto il sistema fondiario, costruirà, dovrà costruire la storia della ' proprietà ' nel medioevo incentrando l'indagine su un cumulo di oggetti che un formalista miopemente escluderebbe. Ma il formalista rischierebbe di segnare solo una genealogia ininterrotta di intestatari

(26) La frase è contenuta in una breve recensione a un volume di storia delle istituzioni monastiche (cfr. *Annales d'histoire économique et sociale,* VIII (1936), p. 501.

del bene, e gli sarebbe preclusa la storia dei poteri più intensi su quello stesso bene, che è quanto noi giuristi convenzionalmente intendiamo per storia proprietaria.

Sbarazzarsi di ogni approccio formalistico, sbarazzarsi dell'ingombro fuorviante della continuità può essere l'unica operazione di pulizia intellettuale per cogliere e seguire il formarsi, sul tronco dei fatti economico-sociali, della nuova esperienza giuridica. Qui, rispetto della discontinuità vuol dire rispetto della originalità dei fatti storici.

Storia discontinua, dunque, da concepirsi segnata da differenti universi profondamente caratterizzati e marcatamente confinati, tenendo però presente l'avvertenza che questi confini, essendo i confini fra due mentalità, serbano dei territorii in cui le tracce del passato permangono e continuano anzi a informare le coscienze facendo del nuovo universo una realtà *in limine* contraddittoria, portatrice di valenze di segno opposto. Sono radicazioni lente ad estinguersi che nulla hanno a vedere con un problema di continuità: in una sequela di esperienze discontinue, vi sono dei ristagni, delle immobilità; il vecchio continua a procedere quasi per inerzia a livello di mentalità — storia immobile dicevamo — anche se il clima storico non è più in grado di nutrire quei valori giuridici, inappellabilmente condannati a morte. Questo spiega, come abbiam già riconosciuto, perché il compiutamente ' moderno ' della proprietà si concreti soltanto nel tardo secolo decimonono quando ormai l'esperienza storica e giuridica del medioevo sembra da qualche secolo una esistenza trascorsa: perché soltanto allora la cultura giuridica ha le forze consapevoli e inconsapevoli di scrollarsi di dosso una mentalità anche se sepolta.

9. Il tratto dell'assetto giuridico dei rapporti reali che convenzionalmente potremmo chiamare medievale viene a delinearsi con nitidità quando, nel crollo del vecchio edificio statuale romano e della cultura giuridica che gli era simbioticamente connessa, nello sfacelo sociale, nella crisi della produzione economica, nel rattrappirsi del commercio, nello svuotarsi delle città; quando, in questo vuoto che la nascente civiltà tarda a colmare, si inverte il rapporto uomo-natura e nuovi valori fondanti cominciano a impressionare di sé il mondo giuridico.

Le cose, prima conculcate dalla volontà dominativa del soggetto, si ingigantiscono e diventano gli elementi essenziali di un paesaggio che reca sempre minori tracce dell'azione umana; cose inaccessibili nelle loro enormi proporzioni ma da rispettare a ogni costo perché condizioni elementari di sopravvivenza in un mondo dove la sopravvivenza è il duro problema d'ogni giorno. Il soggetto, sfornito di volontà incisiva, rannicchiato all'interno della realtà cosmica come tessera d'un grande mosaico, sepolto entro il guscio protettivo di soffocanti assetti micro-comunitari, depone ogni velleità imperiosa e subisce il complesso di forze che dall'esterno si proiettano su di lui.

Forze e regole primordiali scritte sulle cose stesse saranno il canone costruttivo della nuova civiltà all'insegna d'una umiltà totale. L'ordinamento si esempla sulle cose, si costruisce dal punto di vista delle cose, e nel cuore di esse si sposta il momento vitale. Il giuridico non è più l'insieme di forme sopraordinate secondo un disegno di sovranità, ma il complesso di modesti vestimenti contrassegnati da una assoluta aderenza plastica alla realtà oggettiva, forme incapaci di separarsi dalle strutture, anzi nella più prona disponibilità a subirle.

È una civiltà del diritto senza precisi modelli culturali, dove il territorio del giuridico — lungi dall'essere un'architettura dalle linee nette e rigorose — si mescola senza confinazioni precise col fattuale e ne è intriso. Né sarà più, come nell'età classica, la dimensione della validità, cioè la corrispondenza a un archetipo, a misurare la giuridicità di un dato ma piuttosto la sua effettività, cioè la sua intrinseca capacità a incidere sulla realtà prescindendo da misurazioni con modelli ideali e culturali.

Nello sfondo di questo primato dell'oggettivo e dell'effettivo che sempre più si afferma e si consolida, è il trionfo e l'imperio delle situazioni legate all'effettività. Mentre le titolarità astratte subiscono svilimenti ed emarginazione, ogni esercizio sulla cosa — purché dotato di un minimo di autonomia, purché sia cioè una situazione dotata di una corposa effettività — trova qui la sua rivalutazione. Anzi, ogni esercizio nel suo distendersi nel tempo si carica di una forza tale da consentirgli una netta incidenza a livello del diritto fino a quel territorio geloso del giuridico che è la realità: ogni esercizio, quasi come espressione delle più riposte esigenze economiche della cosa, tende a metter radici, a compenetrarsi con quella in una sola

realtà vitale. Dal punto di vista giuridico, tende a lasciare la sfera dei rapporti relativi e a ' realizzarsi '. L'esercizio di poteri sulla cosa, da espropriazione sostanziale di quei poteri, lo diventa anche formalmente, e il discrimine fra esercizio e titolarità si offusca, mentre l'ordinamento offre al soggetto esercente, in nome di superiori esigenze oggettive, l'investitura stessa della giuridicità.

Il sistema delle situazioni reali che si adagia e si modella su questa mentalità e su queste forze strutturali (o che, per dirla in modo storicamente più pregnante, da esse è preteso e provocato) non può non recare in sé dei tratti peculiarissimi affermando la sua congiunzione a un pianeta ben diverso da quello classico. Non un edificio piramidale, monolitico, che trova la sua punta sostanziale e formale in quel modello di validità che è il *dominium* (nel quale, in fondo, si risolve), ma un coacervo alluvionale di situazioni emergenti, non filtrate e non modellate attraverso nessun setaccio ufficiale, slabbratamente pluralistico, in cui ciò che conta — più della titolarità proprietaria, che sussiste ma che è sepolta e soffocata — sono i mille esercizi effettivi ormai definitivamente realizzati nella comune coscienza e diventati socialmente ed economicamente i protagonisti dell'esperienza (27).

Il baricentro del sistema — se sistema può esser qualificata una realtà alluvionale — si sposta necessariamente a forme diverse dalla proprietà. Che le si chiamino *gewere* o *saisine* o *vestitura* a seconda delle differenti lingue e culture, una è la piattaforma costante e unitaria che emerge, e una è l'idea essenziale che affiora costantemente: l'ordinamento assume a proprie forze promotrici l'apparenza, il godimento, l'esercizio, cioè le presenze vive a livello della dimensione fattuale; si rifiuta — o è incapace — di inventare canoni artificiosi di qualificazione e registra con umiltà la carica normativa di tutti questi fatti. Non si smentisce il *dominium* dell'antico titolare catastale ma lo si devitalizza per dissanguamento lasciando che, senza eversioni clamorose, senza clamorose rivoluzioni culturali, venga espropriato nei poteri imprenditoriali da chi proprietario non è ma è il gestore dell'impresa.

---

(27) Abbiam tentato di delineare questo complesso di scelte nel nostro corso di lezioni su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale,* Padova, 1968. A questo rinviamo il lettore per una documentazione adeguata.

È questa la richiesta autentica della vita economica, e questa viene esaudita. La rivoluzione culturale c'è ma è nascosta, subdola, frutto non di un movimento o di un programma ma di una officina secolare che sta operando, di generazione in generazione, nel vuoto creato dallo sfacelo del mondo antico, sull'unico terreno veramente anche se sottilmente distruttivo: quello della mentalità.

È una mentalità nuova che lo storico contempla forgiata da mille nascosti artefici dagli strumenti rozzissimi, notai e giudici quando va bene e più spesso operatori innominati e inqualificati ciascuno dei quali ha insensibilmente contribuito, più inconsciamente che consciamente, a capovolgere la clessidra d'una *forma mentis:* a una mentalità angolosamente proprietaria come quella romana si sostituisce una civiltà ' possessoria ' cui è del tutto indifferente l'idea di un rapporto di validità (anche perché manca il modello rispetto al quale operare raffronti e misure) e che è invece dominata da un vigoroso principio di effettività.

Civiltà ' possessoria ' in questo — e soltanto in questo — senso: gelosa custode della freschezza immediata dei fatti, ad essi affida un ruolo primario e consegna il suo volto tipico. Saranno una, dieci, cento, innumerevoli figure che emergono dal vivo dell'esperienza, più intuite che pensate, appena abbozzate invece che disegnate con cura, fatti normativi ricolmi di contenuti economici che da questa economicità prepotente traggono la propria normatività. Uso, esercizio, godimento: situazioni che esprimono vivacemente con la loro carnalità la familiarità dell'uomo con le cose, il suo mescolarsi e il suo vivere con esse. E l'ordinamento se ne impressiona, in maniera forse sfocata ma con una aderenza totale, senza costruzioni rigorose e definite.

Quel che conta, in questo paesaggio giuridico dove i fatti predominano, è ovviamente il loro sempre più intenso campeggiare, il loro ingigantirsi proprio al livello del diritto. Ieri relegati nel limbo dell'irrilevanza, oggi non si contentano di aver acquisito una cittadinanza tra le *formae iuris* rispettate e osservate ma ottengono l'ingresso nel sacrario giuridico delle situazioni reali, ossia nel più riposto e geloso dei territorii, quello dove soltanto la mentalità offre la chiave di accesso. Apparenza, uso, godimento, esercizio, ieri appartenenti all'effimero e al quotidiano, che soltanto in circostanze eccezionali erano riusciti a scalfire il monolito dell'ordinamento

classico tutto cementato e fortificato di validità, divengono nei secoli altomedievali, insensibilmente, dal quarto secolo in poi, in Occidente, dapprima nelle zone provinciali più eccentriche e poi dappertutto, la fonte e la sostanza di un numero amplissimo e aperto di assetti giuridici atipici, tutti architettonicamente poco definiti costituendo essi l'espressione immediata di forze strutturali ma tutti contrassegnati da una intensa radicazione nel reale, tutti, insomma — per intenderci — *iura in re,* tutti — per intenderci — ammessi a dividersi le spoglie del vecchio *dominium.*

Solo per intenderci usiamo una disinvolta e banalizzante terminologia dichiaratamente romanistica e pertanto insoddisfacente a puntualizzare una cultura tanto poco romanistica e tanto poco ' proprietaria '. Per noi, che siamo ancora marcati a fuoco dalla interpretazione — e immobilizzazione — giusromanistica del mondo sociale, l'uso d'una simile terminologia ha la funzione di sottolineare che le nuove situazioni fattuali non si collocano al di fuori ma ben all'interno della dimensione del ' reale ', dimensione che continuiamo a pensare scandita in proprietà e diritti reali su cosa altrui. Ma — diciamolo pure nel momento in cui strumentalmente lo usiamo — è linguaggio scorretto e, prima ancora, è scorretto l'atteggiamento del sottostante pensiero che schematizza e riduce un pianeta diverso e lontano nelle maglie strette e antistoriche di ciò che ci è culturalmente familiare. Come sarebbe scorretto pensare la *gewere-vestitura* quale ' diritto reale ' mentre essa, al di là di disegni individualistici, si risolve in un fatto obbiettivo (che è, insieme, apparenza, uso, godimento, esercizio) radicato nella cosa giacché munito di effettività e, come tale, efficacemente tutelato dall'ordinamento. Il ' reale ' qui si scandisce in assetti *lato sensu* possessorii quali espressioni di una civiltà ' possessoria ', dove — ripetiamolo per l'ultima volta — possessorio vale per economicamente e socialmente effettivo, sta a puntualizzare l'attenzione dell'ordinamento per la dimensione dell'effettività e il rilievo — al suo interno — di tutto ciò che a questa dimensione attiene.

10. Il ritrovamento di autentiche forze strutturali e il far di esse un perno cardinale del nuovo ordine è operazione d'una officina di pratici, che si muovono privi di inibizioni e con lungimiranza nel tessuto vivo dell'esperienza. Senza archetipi culturali in testa, poveri

di tradizioni retrostanti ma non poveri di sensibilità, il giudice e il notaio dell'alto medioevo modellano sul vivo di un'argilla plasticissima figure giuridiche grosse e rudimentali ma, gonfie di fatti qual'erano e cariche di effettività, storicamente vivacissime. Dalle cose si liberava un groviglio di istanze concrete e dava corpo a un ordine giuridico aderentissimo, non pensato non sistematizzato non schematizzato, ma aderentissimo.

Un volto che non muta quando una più ricca circolazione di uomini e di idee e una maggiore intensità della vita comunitaria genera una nuova possibilità di comprensione e utilizzazione e, conseguentemente, un riaffioramento di modelli culturali e, insieme, di strumenti interpretativi e inventivi romani; quando, al centro di questo patrimonio di antiche suppellettili, torna a far bella mostra di sé il *dominium* riproponendosi a supremo modello di legittimazione di ogni assetto giuridico reale e, forse — sciagurato inchiodamento di tutta la storia giuridica occidentale — più semplicemente di ogni assetto giuridico.

Le forze liberate dalla plurisecolare officina altomedievale, diventate mentalità circolante, hanno però acquisito una loro incoercibilità, e sarà lo schema del *dominium* a subirle in tutta la irruenza e a restarne intimamente modificato. Il mondo giuridico evocato dalla sana empiria dei laboratorii altomedievali, lungi dal ritornare a seppellirsi nel sottosuolo strutturale da cui era scaturito, viene ora ripensato dagli *homines novi* della nuova cultura giuridica — cittadini, maestri, speculativi — in termini di *dominium*; ma in questo rivestimento del corpo sociale è la veste che si piega e si strappa per ricomprenderlo adeguatamente; segno che la civiltà costruita nell'alto medioevo non ha smentite ma continua unitariamente, pur arricchendosi e complicandosi sotto il profilo culturale.

Il testimone loquace della continuità [28] è il *dominium utile,*

---

[28] Non si fraintenda questo termine: qui si parla di continuità all'interno di una stessa esperienza giuridica, all'interno di uno stesso universo culturale, quello medievale, che ha nei due momenti temporalmente susseguenti dell'alto e del basso medioevo soltanto due particolari assestamenti d'uno stesso universo storico. Non v'è pertanto alcuna contraddizione con il rifiuto del rischioso canone pseudo-metodico della pretesa continuità fra universi storici, fra esperienze giuridiche diverse.

invenzione speculare della giurisprudenza del Rinascimento giuridico nei suoi vizi e nelle sue virtù.

Guardiamolo un pò più da vicino, perché siamo di fronte a un frutto storico assai significante: la realtà incolta e ingombrante costituita dal fatto complesso ' esercizio-godimento ' nella sua effettività ed autonomia viene ammantata dei panni solenni e inadatti del dominio; come a dire di un contadino rivestito goffamente d'un abito da cerimonia. C'è di che sorridere per chi guardi l'operazione con un sottile gusto estetico e con illuministica sufficienza, e *lächerlich,* risibile, giudica l'istituto Anton Friedrich Thibaut scrivendo sul dominio utile un saggio famoso proprio a inaugurazione del secolo diciannovesimo ([29]). Chi vi guardi con occhi sufficientemente storicistici percepisce e valorizza invece in questo mostriciattolo formale un fascio di motivi storici.

Nessun dubbio che il dominio utile rechi inscritta nella sua figura una intima contraddizione: un sostantivo e un aggettivo male assortiti. Il sostantivo attiene al regno della sovranità imperiosa dell'individuo, alle capacità espansive della volontà, mentre l'aggettivo trascina quella capacità in una sfera che non le si attaglia, a un più basso livello di terrestrità quotidiana dove le cose vengono usate e godute ma dove non è mestieri parlar di virtù, di sovranità, di capacità. Nessun dubbio, infatti, che, se il godimento può stare all'interno del contenuto del dominio (anche se contenuto marginale), alla nozione di godimento sia senz'altro estranea l'idea di dominio.

Crediamo che lo storico debba prendere buona nota di questo tessuto eterogeneo composto di due trame disarmoniche e incoerenti; è infatti come segno di contraddizione che il dominio utile rivela tutta la sua intensissima storicità. È l'intuizione altomedievale che continua in un momento non più privo di condizionamenti culturali e che, al contrario, con essi deve, in un modo o in un altro, fare i conti. Le soluzioni della prassi romano-barbarica avevano semplicità e schiettezza perché la comunità e gli operatori non avevan bisogno di verificarle se non nell'effettività dell'esperienza quotidiana. In un clima di ritrovamento di raffinate fondazioni

---

([29]) A. F. J. THIBAUT, *Uber dominium directum und utile,* in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts,* Aalen, 1970 (rist. anast.), P. II, p. 78.

culturali, qual'è quello del Rinascimento giuridico, la verifica si complica, diventa duplice, va fatta non soltanto con la mentalità circolante nell'esperienza ma altresì con i modelli culturali che l'esperienza ha per sé dissepolto come suo momento di validità. Il diritto romano e il suo documento più augusto e sacrale, il *Corpus* giustinianeo, costituiscono — in un mondo dove il potere politico continua ad esser vissuto non come Stato bensì in modo incompiuto, non totalizzante, e continua perciò ad essere incapace di costruire modelli di validità — la indispensabile piattaforma autoritativa cui far riferimento, anche se spesso è nulla più che un chiodo piantato nella parete al solo scopo di avere un punto fermo da cui dipanare un filo lunghissimo e sostanzialmente autonomo: il dominio utile è il frutto di questa ormai indispensabile contaminazione fra il piano dell'effettività e quello della validità, è l'insieme delle certezze altomedievali ripensato ' romanisticamente ' in termini di *dominium*. Dove il *dominium* viene sforzato e tradito per costringerlo a ricevere ciò che più preme all'ordinamento di salvare, e cioè l'attingimento delle situazioni effettive di godimento ed esercizio alla sfera più gelosa del reale.

È per questo che la nozione di dominio utile ha una sua storia e preistoria: formalmente nasce quale responsabile invenzione della scienza giuridica dei Glossatori, sostanzialmente vive già nelle intuizioni della prassi altomedievale anche se pensata e vissuta in un universo culturale dove al *dominium* certamente non spettava il ruolo di schema interpretativo prevalente della realtà. L'importante da notare è che il segnalato spostamento di attenzione dell'ordinamento dalla titolarità all'esercizio con la conseguente gigantizzazione sociale e giuridica di fatti economici prima innominati e intutelati è divenuto, nello scavo plurisecolare, mentalità e che il giurista nuovo, appena che si affaccia come scienziato — col secolo XII — sul proscenio dell'Europa occidentale, sente l'esigenza di salvaguardare adeguatamente quella mentalità fornendogli l'unica armatura culturale di provata robustezza, ripensandola cioè in termini pseudo-romanistici. Anzi, quei fatti sono per lui tanto rilevanti, hanno di fronte a lui una carica tanto normativa, che assurgono non alla nobilitazione di una generica realità ma al fastigio sommo del dominio, si inseriscono nel cuore dell'idea proprietaria provocando ovviamente la rottura della antica appartenenza unitaria e propo-

nendo una rinnovata nozione di appartenenza: se del mondo torna in auge una lettura nel prisma della proprietà, i fatti concernenti l'*utilitas* possono e debbono incarnare una proprietà.

Un punto va sottolineato ancora una volta per non entrare in un pantano di equivoci: la teoria del dominio utile (e, conseguentemente, del dominio diviso) non è un divertimento libresco o l'innocuo gioco alchimistico che si esaurisce nel chiuso d'un laboratorio, né il suo prodotto è un *flatus vocis* o una decorazione floreale. È piuttosto l'ingresso prepotente di una mentalità profonda nell'orditura di una tradizione giuridica fino ad arrivare a padroneggiarla e distorcerla. Il dominio utile, all'estremo del procedimento conoscitivo dei giuristi, è infatti, prima ancora che espediente tecnico, uno schema antropologico con due significati essenziali.

In primo luogo, come ogni teoria di proprietà divisa, testimonia di un sistema di diritti reali costruito partendo dalle cose, non deponendo lo sguardo mai dalle cose, conferendo un massimo di rilevanza alle cose: se il soggetto, nella sua unicità, chiede a sua misura un *dominium* unitario e inscindibile (che è quanto viene coniato in ogni cultura individualistica), la cosa, nella sua complessità strutturale, nella sua stratificazione di *substantia* e di *utilitas,* impone diversificazioni proprietarie a seconda delle diverse dimensioni in cui si articola. Pertanto, parlar di dominio diretto e di dominio utile significa soprattutto un approccio antiindividualistico di grande umiltà verso la realtà cosmica, un certo metodo conoscitivo, una determinata antropologia.

In secondo luogo, con quel suo richiamo ostentato alla *utilitas* segnala un *dominium* inteso come *contenuto* e segnala la conseguente incapacità a concepire la proprietà come rapporto puro. La civiltà medievale, del primo come del secondo medioevo, tutta e sempre protesa a crear ponti fra carne e spirito, a incarnar valori per renderli umanamente sensibili, è incapace — per propria indole — a concepire, o una povertà assoluta, o una proprietà interiorizzata. L'impietosa e generosa povertà di Francesco, così disincarnata, è scandalo per una cultura fondata sulla armonica fusione fra cielo e terra, fra temporale ed eterno: è scandalo perché estranea a quella cultura, da essa intimamente diversa; è scandalo proprio e soltanto per la sua *diversità;* la povertà di Francesco è una spina nell'organismo vivo della cultura e della spiritualità medievali, colma qual'è

di presentimenti, gremita — soprattutto in certe sue correnti estreme — di futuri sviluppi della spiritualità cristiana, proiettata insomma nel futuro e non espressiva della coinè del medioevo latino. La concezione che la corposità del *dominium* sia una semplice manifestazione esteriore di qualcosa che è già compiuto all'interno del soggetto, giacché il *dominium* nella sua natura più schietta è un *animus* una volontà un atto interiore, tutto questo è l'intuizione profonda dell'età nuova, nei cui primi rivoli la riflessione francescana si colloca rilevantissima, ma è affatto estraneo alla visione medievale dei rapporti giuridici uomo-cose espressivamente assommantesi nella creazione del dominio utile (30).

Un *dominium* impastato di terrestrità, un godimento che, per sue forze interne (cioè per autonomia ed effettività) diventa *dominium* e che, in quanto tale, non è l'occasionale anche se fortunato esperimento avvenuto sul banco dell'alchimista giuridico, ma è vessillo, progetto e programma di una *scientia iuris* perfettamente inserita nel suo tempo, perfettamente immedesimata nel compito di tradurre in termini e schemi giuridici i valori della mentalità circolante.

Il dominio utile è, prima di tutto, la traduzione in termini giuridici di una mentalità. È la mentalità del primato dell'effettivo, è la mentalità ' possessoria ' dell'alto medioevo che domina ancora quale imperiosa costituzione materiale del mondo dei Glossatori e dei Commentatori. Più oltre, sullo sfondo, un modello agrario e non cittadino di *dominium,* dove il principio romanistico per cui si ha proprietà soltanto nel rapporto fra un soggetto e una *res corporalis* sembra, di fatto, specifizzarsi nel rapporto fra soggetto e terra, *res frugifera* per eccellenza e per eccellenza fonte di ogni *utilitas.* Applicabile anche ai beni immobili più svariati, il dominio utile evoca tuttavia soprattutto un paesaggio agrario folto di concessioni agrarie, con una forte dialettica fra il depositario della titolarità proprietaria e l'esercente della impresa agricola sul bene-terra.

---

(30) Abbiamo cercato di sottolineare il grosso contributo della speculazione francescana per una rinnovata antropologia proprietaria in *Usus facti — La nozione di proprietà nell'inaugurazione dell'età nuova,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* I (1972).

Si dirà: ma perché scomodare questo (per taluno fumoso) (31) livello delle mentalità e non arrestarsi piuttosto alla analisi concreta e discreta di un gioco fra struttura e forme giuridiche? È il risultato tecnico, è l'aver risolto in *dominium* la situazione del concessionario-imprenditore, che ci convince di questo. La tensione proveniente dalle strutture può spostare l'attenzione dell'ordinamento dal proprietario catastale al concessionario, può determinare l'aumento dei poteri di questo rispetto a quello. Che però questa gamma di poteri attribuiti configuri, nell'ambito di un ordinamento che ripropone come modello tecnico supremo il *dominium,* un contenuto proprietario e consenta l'emersione di un *dominium* concorrente, questa è circostanza che si motiva all'interno dell'universo del diritto e delle certezze in esso circolanti, anche se immediatamente dopo la sua emersione si riversa all'esterno sulle strutture. La gamma di poteri, insomma, diventa *dominium* soltanto se si inserisce nella mentalità giuridica circolante.

11. Un simile discorso si legittima nel presupposto che il dominio utile sia ricavato nel territorio più geloso della appartenenza e rappresenti una proprietà. Non sarà male soffermarsi un pò su un punto tanto qualificante per sgombrare il nostro cammino da ulteriori equivoci.

Accenniamo, prima — ma lo facciamo soltanto per scrupolo, e fugacemente —, a un possibile equivoco terminologico. Recentemente, con un eccesso di zelo pseudo-rigoristico, si è preteso da taluno di riservare il termine proprietà unicamente alla cosiddetta proprietà moderna, negandolo, per esempio, alle varie forme medievali di *dominium* (32). È uno pseudo-problema e si tratta di pseudo-rigore: non v'è dubbio che i *dominia* medievali poco abbiano da spartire con la proprietà moderna e che per la loro qualificazione lo stesso termine ' proprietà ' non sia immune da ambiguità; né v'è ugualmente dubbio che nessun *dominium* — né il

(31) Cfr. J. Le Goff, *La mentalità: una storia ambigua,* in *Fare storia,* a cura di J. Le Goff e P. Nora, Torino, 1974.

(32) Così nelle recentissime ricerche di un giovane civilista, O. T. Scozzafava: *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier* (1980); *Il problema della proprietà nell'opera di Jean Domat* (1980); *I beni e le forme giuridiche di appartenenza* (1982).

diretto né l'utile — rappresenti *la* proprietà. I *dominia* costituiscono però sempre *una* proprietà, sono sempre una risposta alla ricerca di quel momento più intenso dell'appartenenza che, con le sue già segnalate discontinuità, è però il filo conduttore che lega il *dominium* classico, i *dominia* dei Glossatori, la proprietà dei Pandettisti. I *dominia* medievali sono lo stesso problema, e hanno lo stesso comune denominatore problematico della proprietà di Windscheid; qui sta il *continuum* che ci permette di usare strumentalmente un termine comune. Il discontinuo sta invece nel contenuto delle soluzioni che ogni civiltà modella a sua misura. Sarà comunque correttissimo parlar di proprietà anche per il mondo del Rinascimento medievale con l'unica condizione che non si voglia far propria ad ogni costo una sola risposta storica — la moderna — e si intenda proiettarla indiscriminatamente nel seno delle altre esperienze storiche. E, tranquillamente, continueremo a vedere i *dominia* nella storia della proprietà e a cogliere in ogni *dominium* un contenuto minimo o massimo di proprietà.

Contenuto minimo della proprietà: eccoci a un problema più consistente da un punto di vista storico-giuridico e che ci introduce al nodo del dominio utile come proprietà. Un problema grave e urgente in tutti quegli ordinamenti che, partendo dallo statuto della cosa, colgono la proprietà come un'entità frazionabile, e che quindi ammettono la legittimità di più d'un proprietario insistente sulla stessa cosa; problema invece inesistente, com'è ovvio, nelle culture giuridiche rigorosamente individualistiche, per esempio nella romano-classica e nella borghese-moderna, perché qui la proprietà costruita sul soggetto è così caratterizzata dalle sue fondazioni etico-politiche da non aver nulla a che spartire non dico con le situazioni di semplice detenzione ma altresì con tutte le altre situazioni reali. Un abisso incolmabile separa la qualità della prima (sempre eticamente innervata) da quella di tutte le altre, che si collocano sempre al più modesto livello degli strumenti economico-giuridici del vivere quotidiano. In queste culture il confine fra l'una e le altre è un segno netto, e inconfondibili appaiono i due territori. L'interrogativo dove finisca il terreno d'un diritto reale limitato e dove cominci quello della proprietà è addirittura insensato, logicamente improponibile.

Assai diversamente oggi, in questi anni che stiamo attualmente vivendo, ed ha storicamente un senso profondo l'incontro che,

appena ieri, i nostri civilisti hanno organizzato a Camerino per discutere di contenuto minimo della proprietà (33): dopo l'indiscusso recupero della proprietà dal paradiso delle nozioni etiche, dopo la rinnovata attenzione agli statuti diversificati dei beni, dopo la intensa, assai intensa, tutela a molti esercizi sulle cose a scapito della titolarità della cosa (si pensi alla vigente disciplina dell'affitto di fondo rustico), è lecito e anzi doveroso parlar di confinazioni perchè la burrasca può aver divelto e confuso le vecchie terminazioni tradizionali. Assai diversamente nella civiltà del Rinascimento giuridico medievale, quando l'atteggiamento dell'ordine giuridico aveva non poche assonanze e coincidenze con quello attuale.

La certezza medievale che il *dominium* non piove dal soggetto sulla cosa ma nasce dalla cosa, e la sua conseguente dissacrazione; l'ipotesi di più proprietà frazionate sulla stessa cosa, ciascuna avente ad oggetto una determinata frazione di poteri sulla cosa, non può che rendere più instabile e più sfumato il confine fra proprietà e diritto reale limitato, ed è anzi addirittura pensabile una osmosi fra l'una e l'altro; e v'è chi ha autorevolmente sostenuto che ogni *ius in re* incarna un *dominium* agli occhi del giurista — teorico e pratico — del diritto comune (34).

Se una simile ipotesi deve essere respinta (e ne vedremo i motivi fra un momento), si deve però ammettere che il problema è qui più arduo: *dominia* e *iura in re* non costituendo — come è nel moderno diritto civile — una antitesi logica, ma esprimendo gli uni e gli altri, in qualche modo, una partecipazione alla complessiva sfera della proprietà, appaiono sorretti da una tensione accomunante.

Questo è indubitatamente vero ed è anzi un tratto distintivo della analisi medievale dei diritti reali. Ma va fatta una distinzione essenziale: non ogni *ius in re* viene elevato a *dominium*, bensì soltanto quelli che incidono direttamente, o sulla globalità della cosa (come la proprietà), o su dimensioni particolari della cosa (come l'enfiteusi, la superficie, le concessioni fondiarie a lungo termine, la stessa locazione a lungo termine); mentre è insegnamento ricevuto

---

(33) Ci riferiamo a: *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà — Atti del convegno Camerino 27-28 maggio 1982,* Napoli, 1983.

(34) Così nel saggio di Helmut COING, *Zur Eigentumslehre des Bartolus,* in *ZSS-RA,* LXX (1953).

dei dottori di diritto comune di non elevare a *dominium* una servitù prediale o una servitù personale, giacché queste saranno confinabili nel novero degli *iura in re aliena.*

Il contenuto minimo perché si abbia *dominium* è l'esistenza di un potere, non importa se piccolo o grosso, ma autonomo e immediato sulla *res corporalis.* Il *dominium* deve infatti impegnare e investire frontalmente il soggetto e un frammento di cosmo, perché solo con ciò si può attuare un meccanismo autenticamente appropriativo: della cosa ci si appropria soltanto se v'è questo approccio frontale. In una siffatta civiltà di situazioni giuridiche incarnate, proprietà è soltanto il dialogo senza intermediari fra i due universi supremi, soggetto ed oggetto, individuati nella loro corporeità che ne consente l'aggancio alla natura primordiale; enfiteusi, superficie, livello, precaria, locazione a lungo termine saranno *dominia* perché situazioni che impegnano la *res. Dominia* relativi alla *utilitas rei, dominia utilia* ma *dominia.* Diversamente per ogni tipo di servitù, che non impegna mai la *res* nella sua essenza costitutiva, che si proietta dall'esterno sulla cosa qualificandosi soltanto come *ius in re aliena* estraneo alla idea di appartenenza del bene. Usufruttuario e titolare d'una servitù prediale sono *domini* ma soltanto del proprio *ius,* non riuscendo a incidere sulla corteccia dura e resistente della cosa; il loro è *dominium rei incorporalis,* situazione che solo genericamente e impropriamente può essere qualificata *dominium* perché si sottrae al segreto essenziale di ogni proprietà autentica, ciò che sopra chiamavamo esattamente, con una connotazione però più sociologica che giuridica, l'approccio frontale del soggetto con la realtà cosmica, quel segreto che consente a un'operatore inqualificato di ingigantirsi, in certe circostanze, fino alla proporzione di un *dominus; dominus utilis,* forse, ma sempre in qualche modo *dominus rei, rei corporalis* ([35]).

Al di sopra di questa coscienza antropologica e sociologica i giuristi intessono le loro orditure tecniche e costruiscono anche tecnicamente la proprietarietà senza smentite della situazione dell'utilista. Egli avrà gli attributi che al *dominus* erano riconosciuti da

---

([35]) Questo nodo di problemi sarà affrontato e sviluppato in un volume, che uscirà prossimamente presso l'editore Giuffrè di Milano, col titolo: *Proprietà e diritti reali fra i segni dell'età nuova.*

una tradizione antica e augusta: una *rei vindicatio* come strumento di tutela processuale (a differenza dell'usufruttuario munito soltanto di una *actio confessoria*), la proprietà nella invenzione del tesoro, l'acquisto dei frutti per separazione, la possibilità di costituire servitù e altri diritti reali sulla cosa, e così via. E parlando di lui si farà sempre riferimento al principio, romano e romanistico, escogitato per la proprietà: ' duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest ', testimoniando la convinzione di muoversi all'interno della dimensione proprietaria. Dunque, non un lustrino per l'occhiello del suo vestito buono, ma un cumulo di poteri autenticamente proprietari.

Un'ultima notazione necessaria prima di chiudere: chi conosce a fondo le opere dei grandi dottori e pratici del tardo medioevo potrebbe insinuare, per smentire la fermezza delle righe precedenti, che le testimonianze sapienziali sul dominio utile sono molte, varie e anche contraddittorie. Per gli interpreti il dominio utile è *dominium* e vi si riconnettono le conseguenze tipiche e naturali del *dominium;* nello stesso tempo, si esprimono anche perplessità e si arriva talora a negare a un certo dominio utile (non quello — si diceva allora — che «contrariatur directo», ma quello che «subordinatur directo») il carattere di *verum dominium.* In un caleidoscopio così vario ognuno può trascinare un buon numero di fonti dottrinali dalla propria parte, ma una cosa storiograficamente si impone: di lasciare le scelte singole o la singola opinione per far ciò che ogni storico del diritto dovrebbe, e cioè inserire quelle scelte e quelle opinioni entro la più ampia architettura sistematica che il coro dottrinale (il diritto comune è realtà corale) intende edificare, cogliere il senso dell'architettura, rendersi conto del progetto giuridico di cui questa *interpretatio* è portatrice. O si fa questo, oppure ogni indagine resta storiograficamente viziata per difetto di diagnosi giuridica.

La riflessione sul dominio utile è infatti, necessariamente, all'insegna della contraddizione perché il dominio utile è esso stesso segno di contradizione, uno dei tanti di questi *sapientes* che, pur sensibili alla effettività delle istanze del proprio tempo, riconoscevano nelle costruzioni del diritto romano il proprio momento di validità. Crocifisso fra la lettera rigida del testo e la novità strabocchevole dei fatti un singolo interprete può diventare preda facile di dubbi e ripensamenti. L'importante è la tensione corale dominata

dalla esigenza di comprensione dei fatti nuovi, determinata a sacrificare in nome dell'effettività i nessi formali di validità. Nella linea di un simile inespresso programma, una officina europea di giuristi, lavorando ininterrottamente dal secolo dodicesimo al quindicesimo, conia e sistema un'idea e un istituto, la proprietà divisa, che rappresenta la realizzazione di una coerenza duplice: al patrimonio che nella propria subcoscienza questi artefici raffinati portano con sé come eredità degli umili fabbri altomedievali; al patrimonio ideale che circola nell'aria inscritto nel costume e reclamato dalle strutture.

Per lo storico l'acquisizione fondamentale è che il dominio utile non è un divertimento dei giuristi, prodotto di laboratorio meritevole soltanto di analisi scolastiche; è piuttosto la cuspide affiorante di un grande progetto scientifico che pretende di disegnare figure giuridiche in perfetta coerenza con la mentalità circolante. Se il dominio utile non fosse consistito in questo, sarebbe morto il giorno dopo della sua fabbricazione, così come nascono e muoiono tanti artificii dell'alchimia giuridica. È invece sopravvissuto, e ben oltre i termini dell'esperienza medievale diventando ospite scomodo di testi legislativi, dottrinali e giudiziali per buona parte della prima età moderna, quasi fino a ieri; appena ieri, nell'incontro recentissimo dedicato ai problemi più spinosi della odierna appartenenza, un civilista di straordinaria sensibilità come Pietro Rescigno poteva insistere sulla rilevanza della nozione di dominio diviso (36).

Come schema antropologico, è duro a morire e, al di là della persistenza e del mutamento dei regimi positivi, può cambiare soltanto quando le certezze antropologiche che lo hanno provocato e sorretto si accingono a mutare. Ma lo storico — e lo storico del diritto in particolare — sanno bene che simili certezze, radicate nelle ossa, annidate nei recessi più riposti della coscienza sociale, hanno una loro impermeabilità e resistenza che vince sulle mutazioni sociali e politiche anche violente, sui sommovimenti della realtà economica, sulle crisi ideologiche.

12. Se il dominio utile è la punta affiorante di un progetto giuridico, se questo progetto ha solidità e lungimiranza perché

---

(36) P. RESCIGNO, *Introduzione* a *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., pp. XII-XIII.

affonda nella mentalità sedimentatissima e perciò profonda d'una comunità storica, si avrà una pagina veramente nuova nella storia della proprietà soltanto quando una nuova mentalità giuridica si sia consolidata.

Una pagina la si volta in un momento ma è l'ultimo atto di un lungo e lento processo di erosione, talora palese talora occulto, perché il tempo delle mentalità è la lunga durata, una dimensione temporale dove giorni, mesi ed anni sono unità irrilevanti e dove irrilevanti sono pure incoronazioni e deposizioni, dichiarazioni di guerra e trattati di pace, battaglie vinte o perse; dove il momento è più scandito da viscosità e resistenze che da velocità frettolose. La nuova antropologia si sostituisce con fatica alla precedente ormai profondamente connaturata nella coscienza sociale, e da questa calata nelle coscienze individuali, diventata cultura, atteggiamento di pensiero, sentimento collettivo, costume: tutti materiali difficili a scalfirsi.

È un processo di rinnovazione che impegna cinque secoli, dal Trecento all'Ottocento, e che soltanto al suo esito finale ottiene l'inversione di un senso, il capovolgimento della mentalità: soltanto a metà Ottocento il frutto, ormai maturo, si stacca dal ramo, ma la progressiva maturazione ha avuto una durata plurisecolare.

Non è affar nostro ripercorrere in questa sede la storia della proprietà moderna; dopo aver tentato di carpire il segreto della appartenenza medievale, saremo ora paghi di tentar di rispondere a una domanda che ci siamo sopra posti: dove sta il ' moderno ' della proprietà? E quando potremo cogliere l'inaugurazione di una proprietà ' moderna '?

L'operazione ' proprietà moderna ', che si conclude appena alle nostre spalle (anche se subito dopo abbiam cominciato a ridiscuterla da capo a fondo), ha una naturale sincronia con la più ampia rinnovazione antropologica che dà vita a una civiltà ' moderna '; sincronia ovvia dopo le premesse sulle quali abbiamo ripetutamente insistito. E prende l'avvio in quel secolo così gremito di anticipazioni che è, per lo storico e per il giurista, il Trecento.

Nel suo seno crisi delle strutture e risveglio antropologico appaiono in misteriosa sintonia e si sposano vicendevolmente in una singolare pienezza del tempo storico. Nella delusione, che ormai

serpeggia, verso le cose — quelle cose che hanno tradito l'uomo non garantendogli più la sopravvivenza (e qui la storia agraria — è doveroso riconoscerlo — ci offre dati illuminanti) — si incrina la stabilità di un ordine che sulle cose aveva fondato il proprio edificio. Il soggetto, fortificato nelle sue interne capacità da secoli di altissima fioritura sapienzale, ha una sollecitazione duplice e doppiamente intensa, dall'interno e dall'esterno, a cercar fondazioni nuove e soprattutto a cercarle dentro di sé, facendo i conti esclusivamente con sé.

Il segreto del nuovo è tutto qui. Quanto l'ordinamento medievale — unitariamente, nel primo e nel secondo medioevo, nella officina di empirici che non aveva avuto smentite ed era anzi stata avvalorata dalla riflessione dei dottori — aveva tentato di costruire un sistema oggettivo di proprietà, costruendole dalle cose e sulle cose, riproduttore fedele della trama complessa delle cose, tanto l'ordine nascente dell'età nuova si volge in direzione opposta, tutto teso a scardinare le figure giuridiche dal reale in una disperata ricerca di autonomia. Le vecchie proprietà erano nel reale, scritte in esso e in esso lette e trascritte con umiltà; il nuovo troverà nel reale soltanto una manifestazione esterna, un campo di azione efficace per ciò che potenzialmente già esiste all'interno del soggetto e che chiede soltanto di esprimersi e di concretarsi. La proprietà diventa un capitolo della storia del generale rivolgimento umanistico, certamente non l'ultimo, anzi uno dei più rilevanti, uno dei punti d'impegno della nuova speculazione. E non sorprende che, mentre la mentalità giuridica continua a disegnare e applicare le figure tradizionali del vecchio ordine che persiste e ancora per molto persisterà, le prime intuizioni del nuovo non siano leggibili nelle pagine misoneistiche dei giureconsulti, ma nelle prefigurazioni del nuovo ordine di cui sono gremite le riflessioni dei teologi e dei filosofi. Ad essi è affidata l'erosione delle vecchie certezze antropologiche e la creazione di nuove, e saranno essi a delineare quella rinnovata antropologia dell'appartenenza che fungerà da insostituibile supporto per la futura mentalità giuridica.

La storia della proprietà giuridica moderna ha un suo corso sotterraneo e uno palese, o, se volete, una preistoria e una protostoria: la prima consiste in una capillare analisi di non-giuristi tutta tesa a definire un rinnovato modello antropologico e politologico,

quello che oggi, con frase fortunata e ricevuta, si suol chiamare non scorrettamente dell'individualismo possessivo (37), sul quale si affannano impegnatissimi in varii tempi teologi delle correnti neoteriche preumanistiche ed umanistiche, filosofi e politologi del liberalismo classico; la seconda, se ha qualche anticipazione (e lo vedremo tra un momento) in talune proposizioni teoretiche già nel secolo sedicesimo, comincerà a scorrere spedita e continua assai più tardi soprattutto con la grande riflessione pandettistica ottocentesca, quando sul calco del modello antropologico ormai da tempo definito si disegnerà un compiuto e rigoroso modello giuridico, e la nuova proprietà da pregevole disegno consegnato nell'album dei giuristi assumerà anche la sostanza di un assetto organizzativo della vita quotidiana.

13. Recentemente, assai recentemente, da parte di alcuni giovani civilisti italiani ci si è interrogati sul discrimine essenziale fra appartenenza medievale e appartenenza moderna, incentrando l'attenzione sull'esclusività, sull'essere quest'ultima fondamentalmente un diritto esclusivo, *ius ceteros excludendi* (38). Più addietro, tradizionalmente, era sulla assolutezza, cioè sulla varietà ed intensità dei poteri conferiti al proprietario, che si puntava lo sguardo.

A nostro avviso, siamo, nell'una e nell'altra ipotesi, di fronte a due sentieri malsicuri d'indagine: la proprietà moderna non può consistere nell'essere più assolutezza o più esclusività. Saremmo infatti ancora su un terreno meramente quantitativo, dal momento che proprietà vuol dire sempre e in ogni contesto un minimo di assolutezza e di esclusività, pena il non essere proprietà. Il dominio utile della officina medievale consiste esso pure in una certa gamma di poteri e in una certa dose di esclusività; né potrà trovarsi su questo piano il tratto di separazione dell'utilista dall'incredibilmente diverso, qualitativamente diverso, proprietario moderno. Questo tratto — se c'è — non potrà che inerire alla sua natura, concernere

(37) Dal titolo, fortunato ma anche azzeccato, di un lavoro di C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism-Hobbes to Locke* (1962).

(38) Così da Cesare SALVI nel suo bel volume su *Le immissioni industriali* (1979) e da Oberdan Tommaso SCOZZAFAVA ne *I beni e le forme giuridiche di appartenenza* (1982).

la sua intrinseca costituzione. E infatti è l'orditura costitutiva del diritto che segnala la collocazione in due differenti universi culturali.

La proprietà medievale è un'entità complessa e composita tanto che appare perfino indebito l'uso di quel singolare: tanti poteri autonomi e immediati sulla cosa, diversi per qualità a seconda delle dimensioni della cosa che li hanno provocati e legittimati, ciascuno dei quali incarna un contenuto proprietario, un dominio (l'utile e il diretto), e il cui fascio complessivo riunito per avventura in un solo soggetto può far di lui il titolare della proprietà sulla cosa. Sia ben chiaro che questa proprietà non è però una realtà monolitica, la sua unità è occasionale e precaria, e ciascuna frazione porta in sé la tensione ad autonomizzarsi e la forza a realizzare lo smembramento; né occorrono soltanto atti di disposizione per provocarlo, ma spesso anche semplici atti di amministrazione del proprietario (per esempio, a certe condizioni, anche un contratto agrario) possono portare alla divisione in tante frazioni della unità composita. Questa relatività soggettiva, questa unità tanto fragile, hanno delle motivazioni precise, e noi le conosciamo: si assommano nella volontà dell'ordinamento di costruire l'appartenenza partendo dalla cosa e di condizionarla alle esigenze di questa.

Comincerà a erodersi un tale edificio tecnico quando gli comincerà pian piano a mancare la visione antropologica che gli serve da fondamento e da legittimazione prima, quando il soggetto reclamerà per sé — e l'ordinamento gli sarà corrivo — strumenti più congeniali e un'intera realtà giuridica pensata e risolta da un osservatorio a lui non estraneo, anzi a lui interiore. La proprietà, che rinnega le soluzioni medievali dell'appartenenza e che possiamo convenzionalmente qualificare moderna, è disegnata dall'osservatorio privilegiato di un soggetto presuntuoso e dominativo, è emanazione delle sue potenzialità, è strumento della sua sovranità sul creato: un marchio rigorosamente soggettivo la contrassegna, e il mondo dei fenomeni, nella sua oggettività, è soltanto il terreno su cui la sovranità si esercita; non una realtà condizionante con le sue pretese strutturali ma passivamente condizionata.

A chi ci chiedesse il suo tratto discriminante, non invocheremmo né l'idea di *potestas plena* né quella di *ius excludendi;* proclameremmo invece alto e forte che, quanto il medievale della proprietà era consistito nella sistemazione della sua complessità e

nell'avvaloramento della sua natura composita, tanto il moderno della proprietà sta tutto nel ritrovamento della sua semplicità. La strada che porta a una proprietà autenticamente moderna corre sorretta e orientata dalla coscienza sempre più viva che essa è un corpo semplice, unilineare, la struttura più semplice possibile; l'approdo è quello d'una semplicità assoluta.

La semplicità non è un dato esteriore, non è quantità ma qualità essenziale. Quando, nel tardo Cinquecento, il giureconsulto batavo-tedesco Giphanius, in un ambiente denso di influenze umanistiche, afferma che il *dominium* — riscoperto nella sua unità — è *simplex* (39); quando, in pieno Ottocento, il pandettista Böcking si compiace di identificare lo *Eigenthum* come «das einfachste unmittelbarste Verhältniss der wollenden Person» (40), affermano in tal modo scopertamente la loro appartenenza a uno stesso emisfero storico e a una stessa ininterrotta linea riflessiva. Una linea riflessiva che si snoda unitaria dal Cinquecento all'Ottocento, ma che conclama la sua rottura rispetto alle fonti giuridiche medievali.

La sottolineata idea della semplicità non è infatti innocua ma ha un supremo rilievo teorico: separa l'appartenenza dal condizionamento della complessità delle cose, fa di essa lo specchio non già della complicata realtà fenomenica bensì della unicità del soggetto, la svincola dalla sua proiezione oggettiva per legarla indissolubilmente a lui. La semplicità testimonia la scelta di togliere il *dominium* dalle variazioni del contingente per assolutizzarlo nell'ambito del soggetto, inserendolo il più possibile all'interno di esso.

Viene a mente il capitolo immancabile dei vecchi trattati scolastici di teologia dommatica che assommavano la loro analisi della Divinità nella puntualizzazione ' de simplicitate Dei ', dove si riusciva grazie alla qualità significante della *simplicitas* a fare di Dio una pura essenza abissalmente separata dai coinvolgimenti dell'esistenza.

---

(39) Di Hubrecht van GIFFEN, (1534-1604) ' der deutsche Cujas ', si veda *In quatuor libros Institutionum iuris civilis Iustiniani principis commentarius...*, Argentorati, 1629, *in lib. II, I — de rerum divisione §. Singulorum* (INST. 2, 1, 11). Un altro testo significativo è in Everhard van BRONCHORST, *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum sive EnantioϕanΩn et conciliationes earundem,* Hanoviae, assertio XXXVIII (p. 105): «unum tantum et simplex est dominium».

(40) E. BÖCKING, *Pandeketen des römischen Privatrechts,* II, Leipzig, 1855, p. 6.

È un pari processo di assolutizzazione e di purificazione a cui viene sottoposta la proprietà, e ha ragione Böcking di incentrare il discorso sul soggetto, e non su un soggetto inqualificato, bensì psicologicamente caratterizzato dalla volontà, *wollende Person.*

Che senso ha questo riferimento alla psiche dell'agente, questo ingresso impudico del giurista nell'animo del proprietario? Quello di informarci con schiettezza che siamo in un emisfero opposto a quello che ha prodotto il dominio utile e che le sue soluzioni non possono che essere antitetiche a quelle incarnantisi nel dominio utile: la proprietà, da dimensione delle cose, è diventata dimensione dell'agente; invece che identificarsi grossolanamente nel bene-oggetto cerca all'interno del soggetto la sua identificazione prima; per questo è diventata «der materiell-befugte Wille des subjektiven Individuums in betreff des Sachindividuums» (41).

Non è questo il luogo per ripercorrere attraverso quali tappe — della teologia volontarista tardomedievale, dapprima; della filosofia politica giusnaturalista, poi — si sia conseguito questo vistoso risultato. Certo è che l'intuizione più profonda dell'età nuova consiste nella interiorizzazione del *dominium*, e la nozione più rivoluzionaria sta nella vecchia ma rinnovata e resa prepotente idea del *dominium sui.* Questo principio, che apparentemente sembra la biascicatura d'una vieta formula scolastica, diventa per la carica esasperata di cui lo si riempie e per la centralità che gli si fa assumere la pietra angolare della cultura filosofico-politica-giuridica dell'età moderna, un topos che corre intatto, malgrado i molti accidenti di percorso, dai teologi francescani a Locke a Mercier de la Rivière. Il suo significato è preciso: un individuo che si scopre essenzialmente proprietario, che scopre la sua vocazione proprietaria al fondo dei suoi meccanismi più autenticamente naturali, che interpreta come scansioni proprietarie del sé gesti e comportamenti istintivi di indole primordiale.

Il *dominium sui* come regola dell'universo interno del microcosmo significa che egli è *dominus* per chiamata di Dio e della natura, che il *dominium* non abbisogna delle entità esterne se non per manifestarsi sensibilmente ma che è già *in interiore homine* una

(41) B. W. LEIST, *Ueber die Natur des Eigenthums,* Jena, 1839 *(Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse,* H. 3), p. 56 e p. 59.

realtà ontologicamente compiuta, che ogni manifestazione non potrà che esser coerente con questa prima proprietà naturalissima e congenialissima che ognuno si porta in seno. Il *dominium* diventa indiscutibile e fa del soggetto un personaggio munito all'interno di una carica aggressiva che lo proietta dominativamente sul mondo. Il *dominium,* ogni *dominium,* anche il *dominium rerum,* proprio per questo suo nascere nei recessi dell'animo, per questo suo identificarsi col me più riposto, si legittima e si colora di assolutezza.

Nella confusione inevitabile — ma lucidamente consapevole, deliberata, anzi deliberatamente accentuata — fra il ' mio ' e il ' me ' la proprietà tendeva a balzare di piano: come dimensione del soggetto non poteva non connotarsi di eticità e delle nozioni etiche acquistava l'assolutezza. Nello stesso momento in cui si compiva questo processo di apoteosi, si maturava il distacco definitivo da tutti gli altri diritti reali: assetti organizzativi della realtà economica e gremiti di contenuti economici, questi; dimensione e quasi virtù del soggetto, e pertanto da non inquinare di contenuti economici, quella. Due radicazioni in mondi fondamentalmente differenziati: due istituti con funzioni diametralmente divergenti: sta diventando sempre più lontano il tempo in cui *dominium* e *ius in re* venivano accomunati all'insegna d'una stessa qualità, e il loro rapporto si risolveva in quello della frazione con la somma.

Nozione semplice, dunque, la proprietà, com'è semplice una virtù, una volontà, un'intenzione, un atto interiore. Il procedimento liberatorio messo in atto dalla cultura moderna la scardina dalle cose per incardinarla nell'intrasubbiettivo; e una seconda acquisizione, accanto alla semplicità, si affianca e ne consegue. Semplicità vuol dire anche purificazione estrema del rapporto, vuol dire che è riuscito a scrollarsi di dosso l'ingombro dei contenuti più varii per farne quella che, con la terminologia dei teologi volontaristi, si potrebbe definire una *potentia.* La proprietà è ormai, in questa versione così esasperatamente soggettivistica, una capacità, capacità di irretire e dominare ogni contenuto, rifiutando pertanto ogni contenuto come contribuzione alla sua quiddità. Il contenuto è ormai soltanto un accidente, che non è mai in grado di ripercuotersi sulla sostanza del rapporto. Accanto — e dietro — alla semplicità, ecco il secondo tratto tipizzante della proprietà nuova: la astrattezza.

Un rapporto puro, non mortificato dai fatti anche se normal-

mente disponibile ai fatti in virtù della carica di estroversione che gli è propria, acontenutistico, perfettamente congeniale a quell'individuo astratto, senza carne e senza ossa, che si viene, di pari passo, definendo quale momento determinante della interpretazione borghese del mondo sociale. E si delinea come idea suprema un *dominium sine usu,* versione capovolta del vecchio dominio utile, dove un *dominium* còlto come volontà, come *animus,* può tranquillamente separarsi dai fatti della vita quotidiana ed esserne immune.

Il progetto giuridico svela finalmente la sua orditura sapiente e raffinata: sul piano del diritto veniva consegnato al nuovo *homo oeconomicus* — personaggio, ripetiamo, astratto — uno strumento agile e fungibile, legittimato nei valori supremi e inattaccabile dall'esterno, ideologicamente inavvicinabile alle precedenti soluzioni medievali perché frutto di quel complesso di forze sincroniche che costituiscono la cultura moderna e l'esperienza giuridica moderna.

La proprietà: un istituto ben al centro del progetto; essa stessa cuore e sostanza del progetto. Qui l'ossessione medievale e attuale per il suo contenuto minimo non ha senso; è un problema che si pone per i diritti reali limitati ciascuno dei quali reca in sé un proprio fardello di terrestrità economica ma che non ha motivo di essere per una entità così disincarnata. Anche il postulato della corporeità dell'oggetto, che le fondazioni romane e la virulenta tradizione romanistica sembravan durevolmente cementare, anche questo assunto, tra i più resistenti a morire nella storia giuridica occidentale, non potrà non essere travolto dalla nuova metafisica della proprietà. Le profonde ragioni — su cui abbiamo discorso — di un aggancio necessario fra soggetto e mondo fisico, che avevano convinto la giurisprudenza medievale a rispettare formalmente e sostanzialmente la regola antica, si dileguano via via che prende campo il topos del *dominium sui,* un meccanismo di autocontrollo e di generica padronanza ricondotto nello schema rigorosamente giuridico della proprietà ed avente ad oggetto realtà impalpabili come virtù e talenti della persona.

È uno dei grandi temi del dibattito giuridico cinquecentesco, in una dottrina che sente l'ariosità e i contrasti del quadrivio in cui naturalmente si colloca: basti qui rinviare l'uditore al faticoso commento di Mariano Socini il giovane alla l. Naturaliter del titolo ' de

acquirenda possessione ' del Digesto, prolisso, tormentato, pieno di incertezze ed anche di presentimenti (42). Occorrerà ancora molto per liberarne la mentalità del giurista (e buona parte delle future Codificazioni e lo stuolo pandettistico stanno a dimostrarlo), ma è certo che dal Cinquecento all'Ottocento è tutto un affiorare di incrinature: non più in armonia con le basi teoretiche del sistema, nella nuova proprietà il principio della corporeità dell'oggetto resta soltanto come l'ipoteca della pesante eredità romanistica.

14. Non nutriamo dubbi che semplicità e astrattezza, nella loro interdipendenza e consequenzialità, costituiscano il ' segreto ' di una proprietà ben inserita nel ' moderno ' e ad esso speculare; la sua ' modernità ', intendendo con tale espressione la sua spiccata storicità in un definito universo culturale e quindi il suo inconfondibile carattere, sta soprattutto in queste due qualità. Ci sarà anche altro che concorrerà alla formazione del frutto storico maturo, ma tutto il resto viene dopo; dopo vengono, a nostro avviso, anche l'estensione dei poteri e la forza esclusiva. Né si dica che puntualizzando la semplicità e astrattezza del diritto ne abbiamo offerto dei connotati giuridicamente poco rilevanti. Al contrario, sono gli unici che ineriscano alla struttura del diritto e ce ne forniscano un'analisi interna. Aggiungiamo: un'analisi qualitativa. Ed è, anche per la configurazione strettamente tecnico-giuridica, un passo innanzi, sia rispetto ad un'analisi interna meramente quantitativa (com'è nel caso della assolutezza), sia rispetto ad una analisi esterna che ne misura soltanto l'efficacia (com'è nel caso della esclusività).

Ci resta da tentare una risposta all'ultima domanda che sentiam premere: quando, dalla crisi e sfacelo della mentalità medievale, si è disegnato con nitidità sull'orizzonte storico una simile figura giuridica? Sappiamo che fu un itinerario lungo e faticoso e che fu, dapprima, la conquista di un'antropologia sensibilissima consegnata nelle pagine dei teologi e dei filosofi. Quando — se così è — il diritto ha registrato fedelmente ideologie e idealità nuove e ha forgiato il

(42) Di Mariano Socini il giovane (1482-1556) si veda nei *Commentaria* (Venetiis, 1575) la *interpretatio in §. Nihil commune, l. Naturaliter, ff. de acquirenda possessione* (D. 41, 2, 12, 1).

nuovo arnese tecnicamente rifinito verificandolo nel crogiuolo delle consolidate mentalità pregiuridiche?

Crediamo che mai come in una simile indagine la fretta anticipatrice sia fonte di luoghi comuni e di antistoriche enfatizzazioni; mai, come in questa indagine, lo storico del diritto, consapevole della sua pesantissima cura d'anime, abbia bisogno d'una doppia attenzione, al pregiuridico, nel quale le rivoluzioni culturali si compiono e nel quale prende prima forma la creatura ' proprietà ' irriducibile entro schemi unicamente tecnici, e al giuridico, cioè alle architetture costruite in base a un preciso statuto scientifico, che sono le uniche a segnalare senza equivoci il passaggio da una generica mentalità a una specifica mentalità giuridica. Duplice attenzione che si pone necessaria proprio per non continuare ad incorrere negli equivoci di cui è stata finora gremita l'indagine storico-giuridica in tema di proprietà, troppo condizionata dalla storia costituzionale dell'istituto e troppo disattenta sotto il profilo della conoscenza tecnica

Abbiam parlato più sopra di presentimenti della dottrina giuridica cinquecentesca e della estrema complessità di un vero quadrivio scientifico; dove l'immagine del quadrivio intende evocare particolarmente l'idea di uno spartiacque assai contrastato e affollato. Innanzi tutto, fa spicco una circostanza, che è generale ma che trova nella Francia il suo terreno d'elezione, che è ancora quantitativa ma che sarà greve di conseguenze anche a livello di mentalità: la sempre più marcata espropriazione dei poteri del direttario da parte dell'utilista sino a far di quest'ultimo il sostanziale ' propriétaire ' della cosa. Un simile processo consuetudinario, che è in atto da tempo nei territorii dove il feudo ha più profondamente allignato, appare concluso nel Cinquecento e la stessa scienza giuridica (un esempio eloquente è in Dumoulin) ne prende atto; sul piano dei fatti e su quello della qualificazione è una tappa non irrilevante per la riconquista (anche se soltanto quantitativa) della unità del *dominium* (43).

Accanto, gli umanisti tirano a lucido e mettono in mostra archetipi classici che la giurisprudenza medievale aveva sepolto e

---

(43) Abbiamo avuto occasione di puntualizzarlo in un nostro recente saggio. Cfr. P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier-Robert-Joseph Pothier e la proprietà ' moderna '*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 14 (1985), p. 406 ss..

stravolto sotto il martellare della sua interpretazione evolutiva. È una dimensione ludica, cioè di altissimo gioco intellettuale, che per la prima volta viene posta in opera da giuristi, una dimensione completamente estranea al tradizionale diritto comune secondo cui il diritto è vita vissuta d'un popolo e la scienza non è pensabile se non come contributo operativo alla vita (e mai contemplazione ludica). Per la prima volta la scienza giuridica ha un *cursus* formalmente e sostanzialmente esegetico: a differenza di glossatori e commentatori che nascondevano il volto negli schemi esegetici per aver le mani libere di costruire l'ordinamento prescindendo dalla sostanza dei testi interpretati e in armonia con la vitalità dei fatti circostanti e commettendo quindi il più grosso dei tradimenti romanistici, l'*interpretatio* degli umanisti, storicistica e pertanto rigorosamente romanistica, si risolve in esegesi. Il modello elaborato in questo scrittorio cinquecentesco culto e raffinato è qualcosa di più che la rispolveratura d'un vecchio arnese, è anzi pieno di singolari consonanze e gremito di future prefigurazioni, ma è più un modello culturale che operativo, e in questa riduttiva dimensione va collocato (44).

Accanto — e più significativamente dal nostro punto di vista storico-giuridico — si intravede un disagio che serpeggia nell'ambito degli stessi giuristi operativi, almeno nei più sensibili, o in quelli viventi in terreni di frontiera dove il basamento della tradizione è usurato da un'esperienza pratica e conoscitiva in rinnovazione: il caso di Zasius, su cui abbiamo creduto di richiamare recentissimamente l'attenzione degli studiosi (45), è estremamente istruttivo, ed esemplare della lotta fra vecchio e nuovo, della ricerca di nuovi assetti culturali e socio-economici, delle contraddizioni insomma che gremiscono il secolo decimosesto. Oltre questa constatazione della complessità di un tornante storico non ci sembra che storiograficamente si possa andare: il modello tecnico-giuridico operativo di proprietà è appena scalfito.

Un vecchio ritornello, recentemente ripreso con vivacità, ha

---

(44) Su questo complesso di problemi non possiamo che rimandare il lettore al volume in preparazione, di cui si fa cenno nella nota 35.

(45) P. GROSSI, *Gradus in dominio-Zasius e la teorica del dominio diviso,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 14 (1985).

voluto identificare in Pothier l'*homo novus,* il primo uomo d'una nuova sponda. Vieto luogo comune nato da ripetizioni inconsapevoli di asserzioni precedenti e soprattutto originato da una lettura frettolosa e distratta (quando non tendenziosa) della folta opera del giureconsulto orleanese sul ' domaine de propriété: a nostro avviso, egli ha unicamente il merito non piccolo di sistemare lucidamente quel complesso di conquiste, di intuizioni, di certezze accumulatesi nel corso della storia giuridica francese ma che sono già tali — e non embrionalmente — nel diritto consuetudinario cinquecentesco. Antistorico è deformare in profeta preveggente chi fu e forse volle essere soltanto l'ultimo giurista dell'antico regime e il redattore fedele del suo testamento giuridico (46).

15. Si dirà da parte di molti che questa ricerca affannosa del ' moderno ' nella storia della costruzione giuridica della proprietà, costellata, dal Trecento al Settecento, di intuizioni e presagi ma non arricchita di un nuovo modello tecnico, non potrà non arrestarsi con il *Code civil* napoleonico e lì risarcirsi appieno delle delusioni e insoddisfazioni di cui lo storico del diritto — che guardi con i suoi occhiali specifici l'itinerario precedente e vi guardi senza appagarsi di facili e superficiali sonorità — ha fatto oggettiva esperienza.

Anche a costo di sembrare a taluno il nostro atteggiamento volutamente eccentrico e smanioso di originalità, vorremmo invitare a un'analisi del *Code civil* che non deponga per un solo momento né un'orientazione di prudenza critica (coscienza cioè di trovarsi di fronte a un nodo, un problema, più che a un insieme di dati già interamente sciolti e risolti), né un'osservazione squisitamente giuridica (cioè capace di individuare i meccanismi costruttivi messi in opera dalla conoscenza giuridica con gli strumenti scientifici suoi propri). Siamo infatti convinti che, a un'analisi siffatta, il Codice, quasi che sia un palinsesto antico, può rivelare una doppia scrittura, e offrirci una testimonianza storicamente interessante, più che di una definitiva conquista, di un persistente contrasto di mentalità e della resistenza d'una mentalità assai retrodatata.

Il nostro timore è che il giurista resti abbacinato da quel

---

(46) GROSSI, *Un paradiso per Pothier,* cit., passim.

maledetto articolo 544, che ha, con il suo trionfalismo, così appagato la retorica borghese dell'Ottocento da consentire ai futuri giuristi di identificare in esso il volto della nuova proprietà giuridica. Noi vorremmo che, pacatamente e senza alcun pre-giudizio, si guardasse un pò più a fondo la sistematica del Codice per quanto attiene ai diritti reali e la struttura stessa dell'articolo 544. Il palinsesto emergerà con sufficiente nitidezza.

Cominciamo dal secondo punto. Abbiamo imputato a una lettura acritica dell'articolo il bozzolo retorico in cui il problema storico-giuridico della proprietà è stato consegnato, ma è stata affermazione ingiusta: più che dell'intero testo dell'articolo, ci si è riempito gli orecchi dell'iperbole squillante che rivestiva «de la manière la plus absolue» i contenuti dei poteri proprietarii, e non si è inteso altro. Non v'è tuttavia dubbio che lo stesso articolo reca palesemente una doppia scrittura; da un lato, si gigantizza all'infinito la gagliardia dei poteri; dall'altro, si abbozza, attenuando, un elenco di poteri determinati: godere e disporre.

Due anime, due mentalità, due scritture: non v'è dubbio che i compilatori del Codice e il testo dell'articolo siano ubriacati dalla retorica ottantanovarda della nuova proprietà liberata e non v'è dubbio che gli scavi della filosofia lockiana e fisiocratica abbiano uno sbocco nel Codice. Il problema per lo storico del diritto è però un altro: l'adesione al rinnovato modello filosofico-politico fino a che punto è riuscito a esorcizzare e a cacciar via la vecchia mentalità giuridica? O non si è creata una giustapposizione, quello che immaginosamente abbiam chiamato il palinsesto? Windscheid, qualche decennio dopo, avrebbe consentito sulla quantità e intensità impensabili dei poteri proprietarii sul bene, ma si sarebbe ben guardato dal tentare di individuarli; lo avrebbe ritenuto incoerente, inutile e ridicolo.

Gli è che il legislatore napoleonico è ancora uomo di frontiera, ha i suoi piedi nella terra ben assestata del vecchio regime dove si è formato ed educato, mentre le sue mani sono riempite di cose nuove. La riscoperta della unità della proprietà, filosofica e politica dapprima, anche giuridica dal 1790 in poi (47), non ha però completa-

(47) Ossia, com'è noto, con il decreto 15 marzo 1790 sulla abolizione del regime signoriale.

mente cancellato la tradizionale articolazione del dominio in uno *ius disponendi* e in uno *ius utendi,* frutto di una cultura diversa e di una visione oggettiva della appartenenza, che, partendo da presupposti antitetici a quelli dei giuristi napoleonici, aveva ipotizzato come legittima la divisione stessa del dominio. E resta, in seno all'articolo 544, l'idea stonata di una proprietà come somma di poteri, come risultato della addizione di un godere e di un disporre, che avrebbe dovuto rendere accettabile l'ormai inaccettabile e inaccettato principio della divisione della proprietà.

Se qualcuno dicesse che vogliamo legger troppo e che eccediamo in questo intervento analitico, soccorre alla nostra valutazione lo stesso assetto sistematico del Codice dal quale scaturisce più d'una conferma. Prendiamo l'intitolazione dell'intero libro secondo ' Dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà ', dove sono ricompresi il tema della proprietà e quelli dell'usufrutto, dell'uso, delle varie specie di servitù prediali. Emerge, almeno a livello sistematico, una nozione di servitù come ' modificazione della proprietà ' che è retrodatata. A Windscheid non verrebbe mai in testa di pensare a una modificazione della proprietà in forza di un diritto reale limitato; il diritto reale limitato, qualunque diritto reale, in una tipicità rigorosa e in un numero ridottissimo, è immaginato e costruito come un qualcosa di esterno alla proprietà, che dall'esterno potrà comprimerne e condizionarne l'efficacia ma che non potrà mai inciderne la struttura, modificarla. L'idea di modificazione, che è strutturale, evoca invece quella di un diritto reale che si distacca dal tessuto unitario ma composito della proprietà, e che in grazia di questo distacco modifica quel tessuto. Anche qui il palinsesto è palese.

Che vogliam, dunque, dire? Che il Codice è un prodotto di antico regime? Certamente, no. Vogliam soltanto constatare che al di sotto dello sventolio delle nuove bandiere la vecchia mentalità giuridica incarnantesi in una certa costruzione del sistema dei diritti reali non si è del tutto cancellata e coesiste disarmonicamente con la nuova ideologia ottantanovarda di cui palesemente il Codice è portatore; forse più a livello inconsapevole (che è quello tipico delle mentalità), tuttavia i vecchi schemi interpretativi e costruttivi, i vecchi armamentari tecnici dimostrano la loro straordinaria aderenza alle ossa ed al cuore di questi *homines novi,* e il sistema del

diritto codificato rivela qualche significativa smagliatura, qualche non smentibile incoerenza.

Che questa lettura a più strati del Codice non sia soltanto frutto di un ingegnoso artificio ma corrisponda alla pluralità di dimensioni della scienza giuridica francese dei primi anni del secolo diciannovesimo, lo conferma anche uno sguardo pur sommario a quel nutrito stuolo di giuristi che vive sotto l'ombrello del Codice ed è rappresentativo della cultura giuridica che lo ha prodotto. La scuola francese dell'esegesi in tutto il suo svolgersi da Delvincourt a Laurent continua a rivelare la duplicità dei due livelli in conflitto, quello delle dichiarazioni programmatiche e quello della ingegneria giuridica. Come abbiamo altrove segnalato ([48]), l'ideologia non riesce ancora a impressionare completamente di sé tutto l'edificio giuridico soprastante e a delineare un modello compiuto. Inconsapevolmente, la vecchia mentalità — che è ancora quella assai sedimentata, e perciò assai compenetrata, del diritto comune — continua a fare emergere una nozione composita di proprietà, una indistinzione qualitativa fra proprietà e diritto reale, un atto costitutivo di diritto reale limitato che viene qualificato come smembramento e il diritto reale che è còlto come frazione, come frazione separata da quel fascio totale che soltanto nella sua somma è la proprietà.

16. Dove finalmente la grande attesa per il conio di un modello tecnico coerente con quello ideologico si placa, è con la Pandettistica tedesca, e le anticipazioni del paragrafo precedente al lavorio dottrinale del principe dei pandettisti lo hanno fatto chiaramente intravedere. Qui la proprietà diventa la creatura giuridica congeniale all'*homo oeconomicus* di una società capitalistica progredita: uno strumento agile, scarno, funzionalissimo, caratterizzato da semplicità e astrattezza. Semplice com'è il soggetto, realtà unilineare sulla quale si modella e della quale è come l'ombra a livello dei beni; astratta come l'individuo liberato della nuova cultura di cui vuole essere una manifestazione e un mezzo validissimo di difesa e di offesa. È in questa esemplazione al soggetto che essa reclama la sua

([48]) Cfr. *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 5/6 (1976/77), p. 216 ss. e p. 223 ss..

unità e la sua inscindibilità: una e inscindibile come lui, perché come lui è sintesi di virtù, capacità e poteri. Una esemplazione tanto accostante da parere quasi una immedesimazione: la proprietà è soltanto il soggetto in azione, il soggetto alla conquista del mondo. Idealisticamente, le barriere fra me e mio cadono.

Sintesi di poteri, non ha niente a che spartire con singoli poteri sulla cosa: è un potere supremo di qualità diversa che tutti li compendia e li supera ponendo l'istituto che la incarna al di sopra delle grossolane forze economiche; dalla sua natura sintetica acquisisce il tratto inconfondibile della semplicità. Il diritto reale limitato è qui soltanto un accidente che può interferire nella sua vita, però sempre dall'esterno e sempre e soltanto sulla proiezione dell'efficacia senza alcuna possibilità incisiva sul monolito proprietario. La proprietà e lo *ius in re aliena* appartengono a due universi sorretti da ragioni diverse ed opposte, sono sul piano logico e storico due dati antitetici.

Sintesi di poteri, non ha un contenuto precisabile e gli ripugna ogni definizione contenutistica. La sua astrattezza è totale: astratto ne è il soggetto titolare e astratta è la sua linea portante con una capacità illimitata a tollerare i contenuti più varii; da qui la ridicolezza di chi avesse cominciato ad elencar poteri.

Questa costruzione giuridica senza ambiguità, discendente ragionevolmente in ogni suo aspetto dalle premesse programmatiche di indole etico-politica, è un merito storico della Pandettistica matura; un merito oggettivo perché finalmente, con questa grande operazione dottrinale, la società borghese può conclamare di avere anche sul piano giuridico una proprietà autenticamente borghese, di avere dopo troppi secoli mandato in soffitta il modello tecnico medievale e averlo sostituito con uno nuovo di zecca.

Come l'affermazione di una libertà e di una uguaglianza formali erano state gli strumenti più idonei per garantire all'*homo oeconomicus* la disuguaglianza di fatto delle fortune, così questa proprietà ' spiritualizzata ' si sarebbe concretata, in grazia delle sue illimitate possibilità trasformistiche, nella pietra filosofale della civiltà capitalistica: la più povera, la più disincarnata delle costruzioni giuridiche si sarebbe dimostrata un mezzo efficientissimo per cangiar tutto in oro, strumento puntuale per ogni tipo di mercificazione.

Franz Wieacker, indagatore acuto del pensiero giuridico ottocentesco e forse il primo storico del diritto che abbia messo in luce il

vincolo fra Pandettistica e società economica della rivoluzione industriale, è convinto della incapacità per uno stuolo di ' romanisti ' di «rendersi conto di questo segreto accordo con la società del suo tempo» ([49]). Convinzione, se ci consente l'illustre e caro amico, che ci sembra pleonastica o, peggio ancora, inutile. La sintonia è indubbiamente al livello sotterraneo delle mentalità, in quel filo conduttore che corre più nel subconscio che nel consapevole. Certo è che, col sussidio — e anche con qualche ingombro ([50]) — offerto dal fungibilissimo istrumentario romano, essi conseguono con pienezza il risultato rilevante di rompere col passato, non soltanto elaborando invenzioni tecniche, ma sostituendo una cultura giuridica alla vecchia. La frontiera fra ieri e oggi diventa un confine fermissimo e il ' moderno ' del diritto acquisisce compiutezza speculativa.

L'avventura dell'appartenenza può per lo storico dirsi conclusa. La crisi che ha investito lo *abstrakte Eigentum* dei pandettisti fin dalla riflessione civilistica fra le due guerre e che inizia con la reimmersione della proprietà in mezzo alle cose e la riscoperta de *le* proprietà, è un itinerario che giunge ininterrotto fino a noi, che stiamo ancora vivendo e che sentiamo bruciare sulla nostra pelle.

Per lo storico è tempo di arrestarsi. E non perché non abbia parole appropriate da dire: il volto antico di questo presente in formazione e di questo futuro che si profila gli consentirebbero una piena cittadinanza nel cantiere affollato. È che egli si sente a disagio di fronte a una vicenda monca e incompiuta, egli avvezzo alla compiutezza d'una esistenza vissuta fino all'estremo; e di fronte alla rissa incomposta ha ripugnanza per i trasporti emozionali che attenuano la limpidità dello sguardo, egli avvezzo a leggere serenamente nei corpi morti i principii perenni della vita. Lascerà il suo cantuccio umbratile non appena la burrasca sarà placata, e il fondo delle cose si farà di nuovo trasparente.

([49]) F. WIEACKER, *Pandettistica e rivoluzione industriale* (1968-69), ora in *Diritto privato e società industriale,* Napoli, 1983 (trad. ital. di G. Liberati), p. 84.

([50]) La tradizione romanistica pesa condizionante soprattutto in tema di oggetto della proprietà. Windscheid si sente in dovere di insegnare senza una perplessità: «Eigentum bezeichnet, dass jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist» *(Lehrbuch des Pandektenrechts,* B. I, Frankfurt am Main, 1906[9], §. 167, p. 856.

LA CULTURA GIURIDICA DI GIOVANNI ZUCCONI (*)

1. Avvio alla comprensione di un personaggio singolare. — 2. Giovanni Zucconi nella nicchia della provincia camerte. — 3. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: le rilevazioni per la «Inchiesta agraria». — 4. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: l'esperienza forense. — 5. Il «Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerali» e le sue fondazioni culturali. — 6. 30 marzo 1886: la relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi. — 7. Sulla singolarità del messaggio culturale di Giovanni Zucconi e sulle sue matrici. — 8. Proprietà collettiva e cooperazione: le venature operative del messaggio culturale di Zucconi. — 9. Zucconi e l'Università di Camerino negli anni Ottanta.

1. Una mia ricerca — risalente ormai a diversi anni fa — esigeva un esame accurato degli atti parlamentari dei decenni post-unitari (1). Dopo lunghe giornate di faticosa lettura appesantita dall'impietoso stile burocratico con cui inesorabilmente si condiva e procedeva il rosario degli atti, ricordo la sorpresa gradevolissima di quando, all'improvviso, in mezzo a una enorme congerie di materiale piattissimo, mi imbattei nel testo di una relazione che faceva assolutamente spicco, che mi apparve allora — se non un miracolo — certamente una cosa molto singolare (2). Mentre quel materiale

---

(*) Si pubblica qui la Relazione tenuta nell'àmbito del Convegno organizzato dalla Università di Camerino, nel giugno 1988, per ricordare il centenario della legge 24 giugno 1888 (sulla abolizione delle servitù di pascolo nelle province ex-pontificie) e un personaggio che ebbe non poca incidenza sulla formazione della legge stessa: Giovanni Zucconi. Giovanni Zucconi (Cingoli 1845 — Camerino 1894), avvocato in Camerino, docente in quella Università, deputato al Parlamento nazionale, ebbe il non piccolo merito di portare i risultati più aggiornati della cultura storico-giuridica nei dibattiti parlamentari, riuscendo — per primo — a porre qualche argine alla valanga di leggi liquidatorie delle proprietà collettive in nome di una ideologia manichea che le considerava tutte indiscriminatamente un male da estirpare.

(1) Mi riferisco alla ricerca che trovò poi la sua consolidazione definitiva nel volume. «*Un altro modo di possedere*» — *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria,* Milano, Giuffrè, 1977.

(2) Per debito di verità mi sento di aggiungere che, nell'àmbito della stessa

rivelava, nella migliore delle ipotesi, agguerrita competenza e buona preparazione tecnica ma stentava quasi sempre a inserirsi a un livello problematico più ampio e superiore, in questo testo circolava un tale respiro culturale e un così evidente tentativo di intelligenza critica e di intelligenza scientifica del tema da far restare di stucco il lettore annoiato.

L'Autore era un a me, allora, assolutamente ignoto deputato marchigiano, Giovanni Zucconi; il testo era la ammirevole relazione — da lui tenuta, come Segretario della Commissione parlamentare, nella seduta del 30 marzo 1886 — sul disegno di legge del Ministro dell'Agricoltura Grimaldi in ordine alla abolizione delle servitù di pascere, vendere erbe e fidare nelle provincie ex-pontificie. Fu quello il mio primo incontro con Giovanni Zucconi, cui seguì l'esigenza — immediatamente soddisfatta — di conoscerlo meglio e da vicino anche con esplorazioni nella sua biblioteca e nel suo archivio (3), cui tenne

---

ricerca, un identico moto dell'animo fu in me provocato dagli interventi parlamentari di Tommaso Tittoni nell'itinerario formativo di quello che sarebbe divenuto il secondo corposo contributo legislativo allo «ordinamento dei domini collettivi nelle Provincie dell'ex Stato Pontificio», e cioè la Legge 4 agosto 1894, n. 397. Sia la legge dell'88 che quella del '94 ebbero la ventura di fruire del lavoro appassionato, intelligente, culturalmente assai fondato di due personaggi come Zucconi e Tittoni certamente non comuni perché arricchiti da un comune sposalizio di passione intelligenza cultura possedute in grado notevolissimo. Con questa notazione, tuttavia, segnata per debita puntualità e non per intento celebrativo: che Tittoni si giovò della breccia faticosamente e pionieristicamente ricavata da Zucconi nella muraglia prima compatta. Sull'opera parlamentare di Tittoni non mi resta che rinviare chi ne volesse sapere di più alle pagine del mio «*Un altro modo di possedere*», cit., p. 352 ss.

(3) Il che feci nella primavera del 1976, con una ampia indagine sulle carte lasciate da Giovanni e sulla sua biblioteca, fortunatamente conservate intatte dagli Eredi nella vecchia sede dello Studio legale Zucconi in Camerino. Il che ho ripetuto nei mesi scorsi, sempre generosamente accolto dai pronipoti, attenti e sensibilissimi custodi delle memorie di un avo così significativo. Mi è gradito rinnovare il mio ringraziamento all'avvocato Corrado Zucconi, che — oggi come dodici anni fa — ha posto a mia disposizione il materiale restato nella sede dello studio legale e consistente soprattutto in fascicoli defensionali. Ma desidero ringraziare particolarmente Ferdinando Zucconi, Primo Presidente aggiunto della Corte Suprema di Cassazione, ideatore e realizzatore di questo Convegno, che, nella villa di Paganico, antica residenza campestre di Giovanni, restaurata e riportata al primitivo decoro, ha voluto dar sede degnissima per la biblioteca e per l'archivio, e che qui mi ha accolto con signorile ospitalità. Sarebbe infine ingiusto non menzionare in questa nota gratulatoria, come ben volentieri feci già nella prefazione del

dietro una lunga e intensa familiarità, che sono ora lieto di consolidare partecipando a questo felice Convegno.

Ma voglio dire qualcosa di più: se oggi, dopo aver consumato ormai una buona porzione della mia vita professionale in tante ricerche e in tante pubblicazioni, vi dò uno sguardo retrospettivo, uno dei pochi fatti sicuri di cui mi felicito con me stesso è proprio di aver contribuito a disseppellire da una polverosa dimenticanza il personaggio e l'opera di Giovanni Zucconi. Che si segnala, come sopra si diceva, per la sua singolarità. Precisiamo meglio: per la sua singolarità sotto il profilo culturale.

Zucconi è infatti una voce non banale nel grande filone della storia della cultura giuridica italiana del tardo Ottocento. Probabilmente, l'estrema intelligenza dell'uomo avrà reso incisiva la sua presenza come avvocato, come amministratore locale, come parlamentare, e anzi la familiarità con la sua opera mi fa convinto — e il Convegno ce lo dirà — che si trattò di personaggio complesso, ricco di parecchie dimensioni. Sono però anche convinto che il motivo primo, per cui noi oggi, a quasi cento anni dalla Sua morte (4), lo ricordiamo e celebriamo, è a causa di quella sua voce dal timbro culturale così intenso e peculiare. Ammettiamolo pure: la legge 24 giugno 1888 non ha il volto di uno dei tanti interventi liquidatorii e profondamente si differenzia dagli altri soltanto perché il Segretario della commissione parlamentare, in grazia della sua testa ricolma di tante letture e fertile di tanta sensibilità culturale (i suoi colleghi l'avranno, almeno all'inizio, identificata in fantasiosa estrosità), ne fece il primo segno a livello ufficiale d'un possibile atteggiamento di revisione di solidissimi luoghi comuni imperanti. La cultura giuridica di Zucconi merita perciò una sosta autonoma e attenta.

Cultura giuridica, è scritto nel titolo, e qui bisogna subito intendersi preliminarmente. Non v'è dubbio che giuridica è la preparazione di Zucconi, da quella universitaria a quella professionale, e giuridica è la sua visione del mondo sempre tesa a ricercare

---

volume del '77, l'aiuto discreto ma efficace che mi ha dato, oggi come ieri, l'amico Pierluigi Falaschi, della Università di Camerino, facilitandomi l'accesso a pubblicazioni camerti del tempo di Giovanni non agevolmente reperibili.

(4) Giovanni Zucconi muore infatti, neanche cinquantenne, a Camerino, nel 1894.

e rilevare i segni non sensibili ma altrettanto reali di quelle nascoste geometrie ordinanti che sorreggono il sociale e gli consentono pienezza di vita; ma non si percepisca questa aggettivazione con quella carica di isolamento e di chiusura a cui ci hanno avvezzato, in Italia, decenni e decenni di formalismo e di legalismo. Il giuridico di Zucconi, pur nella sua indiscussa autonomia, sfocia sempre nel sociale e soprattutto nell'economico, e ciò non tanto perché il Nostro, se qualcosa insegna nell'Ateneo camerte, è per l'appunto non materie giuridiche (5) ma la Statistica e l'Economia politica, quanto per due motivi più sostanziali: perché al mondo culturale, cui fa capo Zucconi, teso com'è alla ricerca del «positivo», ripugnano confinazioni troppo rigide ed è invece congeniale una visione complessiva del dato sociale come la più corrispondente alla complessità e ricchezza della vita storica; perché, conseguentemente, in questo mondo culturale c'è una continua e insopprimibile circolazione osmotica fra diritto, economia e sociologia, e il diritto è soltanto la più augusta, la più antica, la più metodologicamente collaudata delle scienze sociali. La stessa pubblicistica giuridica di allora dimostra questa permeabilità di confini, come stanno a testimoniare i rilevanti saggi di riflessione economica ospitalmente pubblicati dalle Riviste giuridiche, a cominciare dagli studi storicamente significativi del Cusumano sul germanismo economico che trovano comoda nicchia nelle pagine dello «Archivio giuridico» (6).

2. E veniamo al nodo della singolarità culturale di Zucconi, nel tentativo di contribuire a scioglierlo.

Alcuni essenziali elementi interpretativi vanno subito presupposti: Giovanni Zucconi è espressione fedele della sua terra camerte, nella quale va costantemente inserito a pena di non raggiungere la piena comprensione del personaggio; come la sua terra camerte — com'essa era soprattutto cento anni fa —, egli è un appartato, un solitario, e in solitudine — in una liberante solitudine — va visto l'emergere, il procedere, il consolidarsi della

(5) A parte, in una brevissima parentesi, il «Diritto amministrativo».

(6) Nella stessa biblioteca di Giovanni Zucconi, ora conservata nella villa di Paganico, si fa gran posto ad opere di scienza economica, e la «Biblioteca dell'economista» è massicciamente presente.

sua meditazione e della sua visione dei rapporti uomo-cose e delle proprietà in particolare.

Proprietario terriero, ha dal suo ceppo contadino la virtù intima di un legame non effimero con la terra; personaggio sensibilissimo ai problemi sociali, ha occhi aperti e curiosi ma soprattutto rispettosi per i costumi che vede vivere intorno a sé, còlti sempre come estrema derivazione di lontane propaggini storiche; cultore del positivo, fa dell'osservazione il privilegio primo di quei suoi occhi ben aperti sul mondo, unendovi un gusto tutto specifico per il rilevamento dei dati che la lunga familiarità con la statistica non poteva non avvalorare.

Tre buoni motivi per giustificare il perfetto inserimento di Zucconi in quel lembo di regione marchigiana, per cogliere in questa sua perfetta specularità verso l'ambiente circostante la cifra più segreta e la più espressiva. Con due precisazioni inabdicabili.

Innanzitutto questa prima: Zucconi non è il proprietario fondiario dominato da un attaccamento viscerale e da un vago sentimento arcadico, nè la landa camerte è il campanile alla cui ombra riposarsi e di cui tessere elogi fuori del tempo. La landa camerte è invece lo spazio concreto in cui possono effettivamente esercitarsi le due attività che più gli sono congeniali, l'osservazione e il rilevamento, attività che han bisogno di un terreno determinato per essere fruttuose, che rifuggono per loro natura da astrattezze e genericità. Lo spazio collinare e montano intorno a Camerino è, per così dire, il laboratorio sperimentale del «positivista» Zucconi, quella zolla anche se esigua di paese reale da scandagliare in lungo e in largo proprio per stracciarne l'eventuale immagine cartolinesca confezionata ad arte da basse retoriche spesso servili a basse ideologie. Tanto meglio se quella era la sua terra, giacché alla virtù fredda dell'osservazione egli avrebbe potuto unire quei legami più vivi che nascono dalla dimestichezza e dalla consuetudine generazionale e che, lungi dallo sfocare l'immagine, avrebbero permesso la comprensione piena della realtà. Quella provincia camerte, che la dorsale appenninica continuava a quasi separare come mondo appartato e conchiuso dall'altra Italia economicamente in risveglio e avviata a un notevole incremento industriale e commerciale; che poche e mal sicure strade congiungevano con quell'altra Italia e per la quale si invocava ormai il rimedio di una diretta comunicazione ferroviaria;

che viveva soltanto di agricoltura; che, per la natura del suo assetto montagnoso e collinare, nutriva ancora all'interno dell'universo agrario una presenza massiccia del bosco e del pascolo con una prevalente economia silvo-pastorale; quella provincia all'osservatore oggettivo che voleva analizzarla senza umori e prevenzioni, con scientifico distacco ma anche con la più rispettosa disponibilità a registrarne attentamente tutti i valori, offriva un panorama complesso al cui centro si collocavano molti nuclei comunitari di gestione agraria con assetti proprii che non attingevano né alla legislazione e cultura giuridica ufficiali ma neanche al grande filone di tradizione giuridica dominante nella storia dell'Europa occidentale, quello romano e romanistico. L'osservatore, lungi dal ritenerli creature aberranti e deformi, li accostò con l'osservazione e lo studio, volle capirli.

E cade qui acconcia la seconda precisazione: se « il natio loco » fu per Zucconi niente più che il laboratorio sperimentale a portata di mano, l'intelligenza del personaggio pretese immediatamente una seconda operazione, e fu operazione comparativa, e fu la grande operazione di salvataggio culturale: poteva questa zolla di Appennino marchigiano, questo esiguo insieme di montagne e di vallate selvaggie, essere ricondotta a una più grande orditura di cui rappresentava soltanto una minima fibra? Il «campanile» camerte non porge ombra quieta per il sonno di Zucconi. E i poveri assetti montani si vedono proiettati in una dimensione affatto universale, connessi come sono alla storia delle forme di appartenenza della terra, alla dialettica fra cultura giuridica romano-romanistica e culture pre-romane, alle ricerche dell'inglese Maine, del belga Laveleye, del russo Kovalewski, dello svizzero Heusler, e via dicendo. I costumi camerinesi di assetto collettivo della appartenenza si disvelano agli occhi di Zucconi come tessera di un amplissimo mosaico, e una intensa dialettica fra particolare e universale penetra il ricercatore e l'operatore. Invano cercheremmo il campanile locale, che è completamente risolto nella mai deposta coscienza universale del fenomeno da parte dell'osservatore (7).

---

(7) Si vedano le precisazioni offerte nelle pagine seguenti e soprattutto nel §. 7.

3. L'esplorazione locale come accertamento della realtà socio-economico-giuridica positiva a disposizione delle capacità di rilevamento e di analisi dell'osservatore è lo strumento che, al di là delle affermazioni generiche, Zucconi dimostra effettivamente di prediligere e di utilizzare in due aspetti della sua esperienza di lavoro: in una circostanza limitata nel tempo, ma attiva e incisiva, come la sua collaborazione alla Inchiesta Jacini; nella sua professione di avvocato, una dimensione di lavoro che lo impegnerà, al contrario, per tutta la vita fino al momento della morte prematura e che la coinvolgente vita parlamentare non riuscirà a soffocare (8).

Giovanni Zucconi non è un semplice operaio ma un protagonista nella complessa e operosa officina impiantata alla fine degli anni Settanta in tutta Italia dalla lungimiranza di Stefano Jacini; articolandosi l'organizzazione relativa alla varia e complicata realtà agraria marchigiana in Sottocomitati locali, Egli è il Presidente di quello di Camerino (9).

Doveva per lui essere particolarmente suadente quel dar voce alle cose su cui Jacini tanto insisteva, quell'accumulo di rilevamenti magari impietosi dai quali finalmente si disegnasse da sé, senza interventi edulcoranti come nella propaganda ufficiale del regime, il volto del «paese reale». E fu evento provvidenziale che in questa operosità egli dovesse venire in non episodico contatto con il maceratese Ghino Valenti, Segretario del Sottocomitato di Macerata, coordinatore e relatore sostanziale per quanto atteneva alla intera regione delle Marche (10).

Il rapporto fra i due — che sarà cementato da amicizia e stima durevoli non scalfite, come dimostrano tarde attestazioni (11), da pic-

---

(8) Soprattutto negli ultimi anni della vita egli intensifica un aspetto particolare della professione legale e a lui particolarmente congeniale: il patrocinio nei procedimenti — previsti dalla *sua* legge 24 giugno 1888 — dinnanzi alle Giunte d'arbitri. Molte sono le comparse in procedimenti presso le Giunte d'arbitri in Camerino, Ancona e Spoleto, che sono a tutt'oggi conservate nell'Archivio Zucconi.

(9) Cfr. *Atti della Giunta per la Inchiesta agraria e sulle condizioni della classe agricola* — Volume XI, tomo II, Roma, Forzani, 1884 (rist. anast. Bologna, Forni, 1987), Introduzione, p. VIII.

(10) Su Ghino Valenti operatore nell'àmbito dell'Inchiesta Jacini cfr. le precisazioni offerte in «*Un altro modo di possedere*», cit., p. 286 sa.

(11) Da parte dello Zucconi un omaggio al Valenti come «studiosissimo di questi

coli screzii momentanei (12) — significa sì comunanza di lavoro ma soprattutto comunanza di idee. Già in un suo saggetto risalente ai primi mesi dell'Ottanta Valenti aveva segnalato la sua visione spregiudicata degli assetti collettivi della montagna marchigiana (13); ed è proprio in una impermeabilità verso i luoghi comuni e in una riottosa resistenza a farsi plagiare dalle favolette ricorrenti in tema di forme primitive della proprietà che Zucconi e Valenti registrano profonda consonanza.

La solitudine del Nostro, cui sopra si faceva riferimento, trova una attenuazione nell'appartata nicchia picena soltanto nella familiarità con l'economista maceratese e nello scambio — che dovette

---

argomenti» è nella sua Relazione, sul disegno di legge Grimaldi, del 30 marzo 1886 (cfr. *Atti parlamentari* — Camera dei Deputati — Legislatura XV — I sessione 1882-86 — Documenti — Disegni di legge e relazioni, n. 270 A, p. 12). «Al Marchese Giovanni Zucconi deputato al Parlamento» è formalmente dedicato il primo grosso contributo scientifico di Valenti, e cioè *Il rimboschimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano* (1887), leggibile oggi in *Studi di politica agraria,* Roma, Athenaeum, 1914, p. I ss. Nella «Lettera proemio» premessa all'opera e indirizzata appunto a Zucconi, Valenti ricorda (p. 6) «l'amicizia sincera, che da tanto tempo ci lega» ed esce in questo significativo riconoscimento: «è ormai, posso dire, da molti anni ch'io mi vado occupando con assiduo studio delle condizioni della proprietà delle nostre montagne, e mi fu sempre di grande conforto il sapere, che i miei concetti intorno all'origine e all'essenza giuridica delle nostre Comunanze e dei diritti d'uso erano da te pienamente approvati, da te che sei conoscitore profondo della materia e mi fosti sempre largo di consigli e d'ajuti» (p. 4). Qualche anno più tardi Valenti, in un saggio del'91, ribadiva volentieri una pubblica attestazione di stima scientifica: [il] «deputato Zucconi che è fra quei cultori delle scienze sociali, ormai non più pochi nemmeno in Italia, i quali dall'evoluzione storica della proprietà fondiaria intendono trarre gli elementi per ricostituire su basi più solide una teoria della proprietà meno rigida e più consentanea alle trasformazioni incessanti di tutti gli ordinamenti economici» (G. VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva,* in *Nuova Antologia,* 16 luglio 1891, p. 341).

(12) In seno al Congresso degli agricoltori marchigiani, nella seduta del 24 settembre 1887, Zucconi bollò come socialisteggianti certe proposizioni del Valenti, il quale, a caldo, redigendo il 10 ottobre dello stesso anno la «lettera proemio» indirizzata al deputalo camerte in premessa al suo *Il rimboschimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano, cit.* p. 3 ss., pubblicamente se ne doleva. In calce alla stessa «lettera proemio», nella ristampa del saggio valentiano fatta nel 1914 e sopra citata, si vedano gli interessanti riferimenti dell'economista maceratese a uno scambio di corrispondenza intercorso subito dopo il Congresso del settembre '87 fra lui e Zucconi.

(13) G. VALENTI, *La proprietà nell'Appennino marchigiano,* in *Rassegna provinciale di Macerata,* II (1880), n. 48 del 29-2-1880 e n. 49 del 7-3-1880.

essere frequente — di idee e di risultati delle personali rilevazioni.

Il frutto non si fece attendere ed è consegnato nei grossi volumi degli «Atti» dell'Inchiesta, dove fa spicco per la sua singolarità rispetto ai contenuti di altri risultati regionali: mentre nel materiale delle altre circoscrizioni e addirittura della stessa circoscrizione quinta per le provincie di Roma e Grosseto e di Perugia, gli assetti fondiarii collettivi sono devitalizzati sotto l'etichetta sminuente di «Gravami della proprietà», una sistemazione innovatrice si afferma, fin dall'inquadramento formale, per le provincie di Ancona, Ascoli, Macerata e Pesaro. Un capitolo autonomo vi è infatti dedicato a quegli assetti sotto la diversa intestazione «La proprietà collettiva nella zona montana», e non è invece traccia alcuna di essi nel capitolo successivo «Valori e gravami della proprietà» (14).

Il merito principale deve ascriversi al Valenti, redattore effettivo della relazione e coordinatore di tutto il materiale regionale, ma è doppiamente significativa la presenza accanto a lui, in posizione di rilievo, di Giovanni Zucconi: significativa per consolidare con l'apporto cospicuo dei dati relativi alla montagna camerte un certo indirizzo dell'Inchiesta su tema così scottante; significativa per consolidare nella stessa coscienza scientifica di Zucconi un patrimonio di certezze, con l'appoggio autorevole di Valenti e con l'eloquenza della gran mole di dati pazientemente raccolti sul campo e scientificamente ordinati.

L'esperienza nella organizzazione della Inchiesta deve interpretarsi come un non secondario momento di fondazione delle future scelte così precise e decise, così coraggiose e consapevoli, del relatore parlamentare sul disegno di legge Grimaldi. Una tal convinzione e consapevolezza nasceva dalla lettura di quello straordinario libro aperto fatto di cose inequivoche e non di parole fumose, che la Inchiesta per parecchi anni gli consente di avere sotto gli occhi.

4. Ma v'era per Zucconi un altro libro aperto, di rara eloquenza perché ugualmente fatto di cose: l'esercizio di una profes-

(14) *Atti della Giunta per la Inchiesta agraria,* cit., cap. XVII e cap. XIX.

sione d'avvocato gestita con una vocazione squisitamente sociale, che colloca il Nostro in posizione antitetica a quella di un azzeccagarbugli. È infatti una professione che pone il legale camerte in stretto contatto con il ricco tessuto di Comuni, istituzioni, comunità della campagna e montagna intorno a Camerino; per esempio, con Fiuminata.

Questo piccolo villaggio, situato oltre Pioraco nell'alta valle del fiume Potenza, custodisce nel suo territorio cospicue reliquie di proprietà collettiva. Zucconi ne è, si può dire da sempre, il legale e, in questa sua veste, affiora sempre alla sua attenzione anche se indirettamente la peculiare realtà economico-sociale retrostante. Già nel 1874, in una comparsa conclusionale a stampa che pure riguarda un *petitum* di «rivendicazione di stabili», esordisce così il giovane avvocato: «fino ab antiquo i popolani del Comune di Fiuminata goderono del diritto di pascere e legnare sopra alcuni prativi e boschivi siti nel territorio del comune sul vicino Monte Gemmo fra i quali i beni in vocabolo Portola, oggetto dell'odierna controversia» (15).

Un accenno soltanto, ma anche un segno del contatto non indifferente con le strutture più profonde della società comunale; un accenno che ci motiva a sufficienza perché, quando nel 1884 lo stesso Comune di Fiuminata domanda a Zucconi la stesura di un parere *pro veritate* su queste benedette «servitù» di pascere e legnare, il nostro avvocato se ne esce con una monografia a stampa che è anche un esemplare trattatello storico-giuridico sulla natura di quegli assetti e — ciò che più conta — un esemplare tentativo per la loro più autentica comprensione (16).

Nell'84 ci sono almeno dieci anni di confidenza professionale con il Comune; nell'84 si può anche tesaurizzare il grosso lavorìo fatto per l'Inchiesta e che ricomprendeva pure l'esplorazione dell'alta valle del Potenza. Zucconi ha tutti gli strumenti ma ha prin-

---

(15) Nella biblioteca, già di Giovanni, attualmente ordinata e custodita da Ferdinando Zucconi nella avita dimora campestre di Paganico, sono conservati parecchi volumi di memorie defensionali del Nostro. La comparsa, cui si accenna nel testo, datata: Camerino, 17 febbraio 1874, redatta «per Felicioli Filippo nella qualifica di Sindaco del Comune di Fiuminata» «in punto a rivendicazione di stabili» è nel volume segnato: Difese civili — vol. I.

(16) G. Zucconi, *Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerali,* Camerino, tip. Savini, 1884.

cipalmente la gran voglia di cogliere l'occasione per gridare sui tetti la sua verità sul segreto degli assetti collettivi. I tetti sono ancora quelli modesti della remota Camerino ma fra due anni saranno quelli di Roma e dello stesso palazzo di Montecitorio.

La memoria avvocatesca per il Comune di Fiuminata che, nella ampiezza documentazione complessità di approccio e di motivazioni, appartiene senza dubbio a una letteratura forense di altissimo rango, è quasi il primo esercizio scientifico, pur ridotto e particolarizzato dalla richiesta del cliente, in cui sull'argomento si misura Zucconi, e dimostra già la maturità di visione del personaggio: che non fa opera da leguleio ma da giurista aperto e culturalmente provveduto.

Prenderò fra breve in esame il parere zucconiano nei suoi diretti contenuti, ma quel che mi preme qui fin da ora di segnare è il valore di un certo esercizio dell' avvocatura per la maturazione delle convinzioni del Nostro. Se mi è consentito l'accostamento, è accaduto a fine Ottocento per Zucconi quanto nel periodo prima e dopo la seconda guerra mondiale avverrà per Giangastone Bolla (17). Bolla che, prima di salire tardivamente la cattedra universitaria nel 1933, esercita attivamente la professione forense, trova in questa il tramite primo per il contatto e la familiarità con le proprietà collettive dell'arco alpino orientale e infine per la loro interpretazione scientifica. Sarà dapprima nelle memorie defensionali che Bolla affinerà le sue diagnosi storico-giuridiche e sarà solo successivamente che ne disegnerà dottrinalmente il volto giuridico (18) e ne tenterà il riconoscimento sul piano legislativo (19).

---

(17) Su Bolla, per molti anni docente di Diritto agrario nella Università di Firenze, che ha dedicato una lunga serie di scritti al problema delle proprietà collettive dell'arco alpino, cfr. quanto ho avuto occasione di precisare in una precedente ricerca: P. Grossi, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950,* Milano, Giuffrè, 1986, p. 216 ss.

(18) Se ne vedano le testimonianze principali (ma non complete) raccolte in: G. Bolla, *Scritti di diritto agrario,* Milano, Giuffrè, 1963.

(19) Bolla fu tra coloro cui deve ascriversi il merito se nella Legge 25 luglio 1952, n. 991 (la cosiddetta legge sulla montagna) il fenomeno delle «comunioni familiari vigenti nei terreni montani» ricevette per la prima volta una disciplina rispettosa della sua peculiarità storica.

5. E vediamo in che senso il parere *pro veritate,* che l'avvocato Giovanni Zucconi rende nel 1884 al Sindaco di Fiuminata, è una chiara dimostrazione della veridicità di questo assunto.

Zucconi parte da una analisi minuta della situazione locale, dei reperti catastali, dei contenuti usuali del godimento, delle vicissitudini dei fondi, ma avverte che, per decifrare quella crittografia giuridica che *ab immemorabili* si è venuta disegnando su pascoli e boschi delle montagne fiuminatesi, occorre fare un salto di piano, porsi a un maggior livello interculturale da cui il paesaggio giuridico possa essere osservato con una assoluta nudità di sguardo, senza quelle prevenzioni che inevitabilmente si imprimono in chi è avvezzo a osservare dall'interno di un solo universo culturale subendone tutte le pretese certezze. È la percezione precisa che quegli assetti si situano al di là dell'universo culturale — cioè di cultura giuridica — ufficiale e dominante in Italia nel 1884: quelle che sotto un occhiale romanistico appaiono crittografie indecifrabili diventano strutture chiare e razionali solo se pensate con altri schemi mentali, in nome di altri principii ordinanti, dietro altre ideologie dell'appartenenza. Oscurità e irrazionalità conseguono soltanto al procedimento intellettuale metodologicamente viziato di misurarle in base a schemi, principii, ideologie ad esse completamente estranei, mentre l'unico criterio scientificamente valido è quello della disponibilità a rispettare quanto di estraneo e di alieno vi si serba.

D'un colpo, il minimo lembo di territorio camerte è trasportato nella grande disputa sulle forme storiche di proprietà e sulla dialettica fra diverse culture giuridiche, che da qualche anno sta vivacizzando in tutta Europa il sonnacchioso stuolo dei giuristi. Ma non è un lustrino di grossi nomi che il pratico marchigiano con avvocatesca furberia inserisce ad arte nel contesto del parere per estorcere una parcella più alta al Sindaco di Fiuminata o per abbacinare — domani — un futuro giudice di future contese. È invece l'unico modo per venire a capo del problema, l'unico modo che non sia il risolverlo con la violenza legale e con la liquidazione forzosa in nome della nuova unitaria proprietà borghese. E questo è ciò che Zucconi vuole ad ogni costo evitare; non perché sia un nemico della proprietà borghese e dell'individualismo possessivo (anzi, se v'è stata polemica fra lui e il Valenti, ha avuto origine dal fatto che questi gli appariva

troppo socialisteggiante) (20); non perché — tutto sommato — sia negatore di un umano progresso dal collettivismo all'individualismo, ma soltanto per la ripugnanza di indole scientifica e, in particolare, epistemologica che gli procurava un ragionare unilaterale per assiomi, per luoghi comuni, per valori assoluti. Zucconi si riconosce nei grandi mentori della disputa europea (Maine e Laveleye) soprattutto per la nota eminente di pluralismo culturale di cui essi sono portatori.

Dirà Egli nella parte centrale del parere: «io son convinto con il Laveleye... che mal si può giudicare di siffatti usi con la sola scorta del *jus quiritarium,* e senza rintracciarne la natura intrinseca e la loro origine. Gioverà pertanto anzi tutto il ricercare le origini degli usi civici poiché da questa indagine scaturiranno come corollari le nozioni sull'indole dei detti usi, sulla loro estensione, e sulla influenza delle moderne legislazioni sui medesimi. È ormai dimostrato, da profonde ricerche sui costumi dei popoli, erroneo il concetto di alcuni giuristi i quali riguardano la proprietà privata come la forma primitiva della proprietà stabile, e la comunista come una forma derivata da quella in forza di contratti od associazioni fra privati proprietari, o in virtù di concessioni di principi, e di prescrizione. Mercé gli studi del Maurer e del Nasse in Germania, di Emilio Laveleye nel Belgio, di Gabriele Rosa in Italia, e soprattutto dell'inglese Enrico Maine nel suo libro *Ancient Law,* è dimostrato che la forma primitiva della proprietà terriera è presso tutti i popoli la collettiva o comunale» (21).

E non è né velleitario né ingenuo se la parte centrale del parere è tutta dedicata alla «origine degli usi o diritti civici» (22): perché il nodo giuridico vigente ha profondissime radici storico-giuridiche, le quali, se ignorate o fraintese, compromettono l'intera comprensione o irrimediabilmente la viziano. Qui i grandi animatori dottrinali della disputa ottocentesca si mescolano, quali fonti di Zucconi, ai sensibili giuristi dell'antico regime che egli dimostra — per lungo studio — di conoscere perfettamente; fra i molti, il remoto feudista

(20) Cfr. più sopra, a p. 674.

(21) ZUCCONI, *Parere legale,* cit., p. 13.

(22) È la parte seconda che è così intitolata.

meridionale Andrea d'Isernia (23), lo spagnolo Otero (24), il prestigiosissimo Cardinal De Luca (25).

La favoletta borghese, che configura gli usi e i diritti collettivi come usurpazione di pezzenti tollerata dalla graziosa generosità dei proprietari, si capovolge intieramente, e si profila un itinerario storico-giuridico invertito che procede invece da una primitiva comunione popolare allo spossessamento da parte di un signore che la trasforma in dominio particolare. Zucconi è convinto «che cioè gli usi civici non sieno che l'espressione dell' antico dominio popolare sulle terre poscia dal popolo cedute o ad esso prepotentemente ritolte» (26), talora con dei contenuti di godimento assai ristretti, talora con contenuti ampi, a seconda delle diverse circostanze storiche in cui si sono risolte le lotte fra comunità e signori, tutti però «reliquie» dell'antico condominio rappresentanti in quantità diversa, la «conservazione del diritto di proprietà che ai cittadini spettava in comune sulle terre oggi passate in proprietà privata» (27).

Ma Zucconi, che è giurista tecnicamente assai provveduto, non si arresta qui. Avverte che la locuzione e nozione di condominio può essere estremamente ambigua a causa di quel certo modello romano e romanistico che ogni giurista ha ben impresso nella propria testa; e tiene a precisare che qui si fa riferimento a un'altra nozione di condominio cui si partecipa non *uti dominus* ma *uti civis,* un condominio in cui la proprietà non è riconducibile — sia pure *pro quota* — a un individuo come nella comunione romana ma piuttosto a una catena ininterrotta di generazioni senza capacità dispositive per il singolo (28). «Un altro modo di possedere» — riconosce Zucconi facendo sua la frase efficace di Carlo Cattaneo —, «un'altra

(23) Di Andrea d'Isernia, il *monarcha feudistarum,* egli cita i «Commentaria in Constitutiones Regias».

(24) Frequenti sono i riferimenti al «De pascuis et jure pascendi» di Antonio Fernandez de Otero, giureconsulto operante nel Seicento in Spagna.

(25) Una delle fonti principali per Zucconi è il libro quarto (De servitutibus praedialibus, usufructu et utroque retractu) del «Theatrum veritatis et justitiae» di Giovan Battista De Luca, soprattutto nei *discursus* dal 35 al 42.

(26) ZUCCONI, *Parere legale,* cit., p. 18.

(27) ZUCCONI, *Parere legale,* cit., p. 24.

(28) ZUCCONI, *Parere legale,* cit., p. 25 ss.

legislazione, un altro ordine sociale che inosservato discese da remotissimi secoli fino a noi» (29).

E gli assetti collettivi delle montagne sopra Fiuminata si ingigantiscono: giuridicamente sono l'espressione d'un altro pianeta, d'un'altra civiltà costruita su basi politiche, sociali ed economiche diverse; i popolani di Fiuminata, come utenti di quei diritti collettivi, appaiono quasi un popolo di stranieri in patria, che può pretendere di essere valutato secondo il proprio diritto. Un diritto storicamente perdente a fine Ottocento, esiliato sui monti meno accessibili dove soltanto ha potuto continuare a sopravvivere, ma parte viva del positivo della terra e della storia e come tale meritevole di rispetto. Nella sua appartata nicchia camerte, Giovanni Zucconi, corroborato dalla esperienza fruttuosa dell'Inchiesta, sollecitato dalla vicina testimonianza di Valenti, arricchito da tante letture di mentori transalpini, consegue una piena affrancazione dalla monocultura circolante. Ed è singolare questo arioso spazio pluralistico in cui si colloca.

6. Nella seduta della Camera dei Deputati del 30 marzo 1886 l'onorevole Giovanni Zucconi, relatore per la apposita Commissione parlamentare, teneva la sua relazione sul disegno di legge per la «abolizione delle servitù di pascere nelle provincie ex-pontificie» presentato a suo tempo dal Ministro Bernardino Grimaldi (30). Sull'itinerario del disegno ha parlato con dovizia di dati offrendone una intelligente ricostruzione complessiva Maria Sofia Corciulo nel suo pregevole intervento e ciò mi esime anche dal farvi un piccolo accenno. Mi limiterò pertanto alla relazione zucconiana, che è testimonianza compiuta della maturità culturale del Nostro, della singolarità del suo ormai definitivo orientamento.

Chi conosce il «Parere legale» per Fiuminata di due anni prima vi scorge agevolmente la continuità perfetta del pensiero: la relazione non è che una tappa ulteriore, magari sorretta da uno sguardo più

---

(29) Zucconi si compiace di citare per esteso (*Ibidem,* p. 18), riconoscendovisi appieno, lo splendido, notissimo testo cattaneano, che è come un vessillo di tutta la cultura giuridica alternativa in tema di proprietà. Il testo si può leggere in C. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto,* ora in *Scritti economici,* a cura di A. Bertolino, Firenze, Le Monnier, 1956, vol. III, pp. 187-88.

(30) Vedi la citazione esatta più sopra, alla nota 10.

esteso, magari arricchita da una più ampia documentazione. Ma i nodi individuati, le diagnosi operate, le soluzioni prospettate sono le stesse.

Si rileggano le parole di avvio del capo secondo, che rappresenta tuttavia l'esordio sostanziale della intera relazione: «Dopo che... i reggitori dei varii paesi dell'Italia divisa e gli stessi legislatori italiani emanarono provvedimenti diretti a distruggere totalmente o in gran parte la promiscuità del godimento e le servitù civiche gravanti i beni rustici nelle diverse provincie, le opinioni degli economisti e degli uomini di stato su questo soggetto si vennero a poco a poco modificando. Dall'assioma ricevuto che cotesti istituti, caratterizzati come vieti residui del regime feudale, fossero sempre ed in qualunque condizione di tempo e di luogo dannosi ai progressi dell' agricoltura, o assolutamente indegni di esistere, si passò al dubbio della bontà di questa dottrina distruggitrice dei diritti popolari così generale ed assoluta. Le dotte e molteplici ricerche eseguite in questi ultimi tempi sulla origine di questi usi civici, le quali si rannodano con le indagini sulle forme primitive della proprietà rustica, gli studi sui costumi e lo stato attuale della proprietà di alcuni popoli dell'Asia e dell'Europa, specialmente della India Inglese, della Russia, della Serbia e della Svizzera, portarono gli storici del diritto a concludere che i diritti civici e popolari più che un portato tramandatoci dai distrutti feudi sono spesso invece i vestigi del regime agrario primitivo, nel quale il godimento delle terre e l'esercizio del diritto di proprietà su di esse esercitavasi in forma collettiva dai componenti delle tribù o dagli abitanti dei villaggi. Gli scritti del Sumner Maine, del Laveleye, del Roscher, del Rosa e di altri molti, diedero molto lume di fatti prima sconosciuti a questa dottrina. Come in tutte le forme di evoluzione anche in quella della proprietà fondiaria la individualizzazione è posteriore alla forma complessa di proprietà comunistica. La proprietà privata succede a questa e vi si sovrappone lentamente, e la collettiva rimane là dove per circostanze di clima, di suolo, di regime politico non è utile nè possibile la appropriazione individuale del suolo ([31])».

Si tratta di un esordio inusitato per un intervento parlamentare,

([31]) ZUCCONI, *Relazione* cit p. 2.

inusitato perché portatore d'una prevalente esigenza di adeguamento scientifico e di correttezza metodologica. La dimensione politica qui è nascosta; ma non è occultata ad arte, bensì in secondo piano rispetto alla preoccupazione primaria dell'oratore, che è di altro ordine. A Zucconi, cultore del positivo, un solo risultato preme: di operare — grazie agli ultimi apporti della scienza storica e giuridica — una identificazione verisimile degli assetti collettivi, primo passo pregiudiziale per arrivare a una loro corretta collocazione nella società e nell'ordinamento e, infine, a una disciplina non iniqua.

Preoccupazioni e interessi d'indole politica ci saranno (e lo vedremo), ma verranno dopo. Il senso della intiera relazione è un altro: dopo tanti esami attraverso occhiali sfocati, guardare e analizzare finalmente il problema con la lente oggettiva dello scienziato; incrinare di un dubbio critico le certezze finora indiscusse. «Dall'assioma ricevuto... al dubbio». Par di leggere quella pagina dell'*Ancient Law* in cui Maine denuncia il predominio degli *a priori* e individua in essi il nemico da battere (32). Anche nella pagina zucconiana, come per Maine, l'itinerario di salvataggio culturale è la riconquista del dubbio, la consapevolezza che far scienza significa sì approssimarsi alla verità ma problematizzando; risolvendo tutto alla stregua non di astrazioni metafisiche o di ugualmente astratte deduzioni logiche che trovano la loro concretezza soltanto nei sottostanti innominati interessi da difendere, ma di una sensata induzione fondata su fatti naturali e storici (33).

---

(32) H. S. MAINE, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relations in modern ideas* (1861), London, J. Murray, I870[4] pp. 91-92. Nelle assai posteriori *Dissertations on early law and custom,* London, J. Murray, 1883 (chapt. VII, princ., pp. 192-93), dando uno sguardo retrospettivo alla propria opera, Maine ribadiva: «When I began it, several years before 1861 [data della prima apparizione di "Ancient Law"] the background was obscured and the route, beyond a certain point obstructed, by a priori theories based on the hypothesis of a law and state of nature».

(33) Nell'Archivio Zucconi, in carte purtroppo non ancora ordinate, è conservato un ricco materiale di appunti (di mano di Giovanni) risalenti al momento preparatorio della Relazione parlamentare. È ammirevole la cura e l'impegno profuso da questo straordinario parlamentare (quanto dissimile dai nostri odierni mestieranti!) in letture dei più aggiornati volumi italiani e stranieri, nell'esame della numerosissima dottrina di diritto comune che egli domina in modo provetto. La chiarezza è senza dubbio chiarezza

Oggi, anno di grazia milleottocentoottantasei, è proprio l'estendersi, il rinnovarsi, l'approfondirsi de «la osservazione storica sulle fonti del diritto» (34) a incrinare l'apriori, la verità assiomatica e pertanto indiscussa e indiscutibile, e ad avviare quel processo di deterioramento sempre maggiore delle certezze artificiose e di lento ma graduale capovolgimento dell'immagine osservata. E la relazione diventa denuncia sonora delle tante usurpazioni dei più potenti, che hanno conculcato le primitive comunioni popolari in maniera sempre più pesante fino a ridurle a un contenuto che poteva legittimare formalmente la loro qualificazione come servitù di pascere e legnare, come gravami della libera proprietà 'quiritaria' e pertanto condannabili perché testimonii e avanzi dei tanti misfatti dell'antico regime.

Agli occhi di Zucconi — qui con una nitidezza assolutamente cristallina — avanzi apparivano chiaramente ma brandelli della *communio primaeva*. Dice a più riprese Zucconi: «i vestigi del regime agrario primitivo» (35), o ancora «i residui dell'antico condominio» (36), o ancora «un resto dell'antico diritto di proprietà comune» (37), ribadendo fortemente con mere variazioni verbali lo stesso preciso concetto e inaugurando un frasario cui una celebre prolusione di Venezian avrebbe dato successivamente — sempre da un pulpito camerte, anche se squisitamente accademico — maggiore e duratura fortuna (38).

L'induzione storica, correttamente adoperata, serve innanzi tutto a mettere in luce un risultato storico e uno giuridico, strettamente connessi l'uno all'altro, e di notevole rilievo: la priorità della appropriazione collettiva su quella individuale; la natura delle pretese servitù non come gravami esterni alla appartenenza della terra

---

di idee e di intuizioni, ma è anche il risultato di una documentazione di rara probità, di una curiosità intellettuale che non si appaga facilmente.

(34) *Relazione*, cit., p. 4.

(35) *Relazione*, cit., p. 2.

(36) *Relazione*, cit., p. 3.

(37) *Relazione*, cit., p. 4.

(38) È evidente il riferimento alla prolusione di Giacomo Venezian su «Reliquie della proprietà collettiva in Italia», un «pezzo» classico fra i molti studi ottocenteschi sul problema. Su di essa si veda più oltre, alla p. 691. Per una collocazione della prolusione nell'ambito della disputa italiana ed europea sulla storia delle forme di proprietà, si veda quanto ebbi occasione di scriverne in «*Un altro modo di possedere*», cit., p. 257 ss.

ma come frammenti più o meno cospicui della stessa appartenenza. L'esatta diagnosi storica consente quel che finora è mancato sul piano del diritto, ossia una altrettanto esatta diagnosi giuridica; eliminando i fraintendimenti storici si eliminano anche gli equivoci giuridici.

Come si vede, la relazione vuol porsi a un livello squisitamente conoscitivo; il suo polmone, da cui trae respiro culturale, è la grande disputa europea sulla vicenda storica delle forme di proprietà e il bersaglio da centrare è l'individuazione della autentica indole giuridica di questi strani ordini sociali sbarazzandosi dei mascheramenti depostivi sopra dal tempo e dagli uomini.

Rispetto a questa dimensione culturale — dicevo conoscitiva — secondarii appaiono infatti i riferimenti, che pur ci sono, alla questione sociale e alla proprietà collettiva come rimedio al gran fermento popolare di quegli anni. Ma qualcosa di più si dirà fra breve nel penultimo capo di questo saggio.

7. La singolarità del messaggio culturale di Zucconi sta nella perfetta armonizzazione fra analisi minuta del laboratorio locale e percezione delle nuove grandi correnti interpretative che percorrono ormai in lungo e in largo il territorio europeo. Come si è già sottolineato, Zucconi non è pensabile — all'inizio della sua presa di coscienza — fuori della nicchia camerte: qui, fra le rilevazioni pazienti per la Inchiesta agraria e il contatto professionale con tante situazioni particolari ma concrete, si compiace, si esercita, si affina il suo gusto del positivo. Che è anche gusto per la dimensione popolare del costume, e quindi degli istituti economici e giuridici; ma non per venature romantiche, sibbene per la ricerca di realtà effettive, per la ripugnanza ad appagarsi di armonie formali e ufficiali che rischiano di essere soltanto superficiali come fragili piante senza radici.

Il gusto per quanto avviene negli strati sotterranei ben al di sotto dell'ufficiale — che è poi un atteggiamento affatto simile alla propensione di Maine per i fossili sociali e giuridici ([39]) — è l'espressione di una visione non semplicistica della società, anzi decisamente

([39]) Si veda, a questo proposito, l'enunciazione programmatica di *Ancient Law*, cit., p. 3.

complessa, con una attenzione maggiormente indirizzata verso quel solido positivo che sono le radicazioni lunghe e profonde, piuttosto che verso le appariscenti ma rapide efflorescenze.

È, quello camerte, il laboratorio dove emergono i dati, si sommano l'uno all'altro, diventano una realtà problematica. Per i dati che si cambiano in problema l'unica risposta scientificamente corretta puo però provenire da ulteriori verifiche, da ulteriori collegamenti nel tempo e nello spazio. Sarà il grande strumento della comparazione, orizzontale e verticale, a dire se sono gli occhi inesperti o troppo entusiastici del ricercatore a ingigantire problemi minuti e modesti, e travisare più che osservare oggettivamente.

A questo punto, il laboratorio locale non basta più, e l'osservazione deve anche rivolgersi altrove: si cercano linee, si cercano fondazioni nascoste, si cercano soprattutto dei maestri di pensiero dallo sguardo aguzzo.

La dimestichezza con Ghino Valenti è preziosa: dietro a Valenti o semplicemente insieme a lui (il materiale dell'archivio Zucconi tace su questo gioco di influenze), i reperti marchigiani vengono inseriti in un raggio più ampio, e vengono lette avidamente quelle voci nuove, che odorano un po' d'eresia ma che stanno facendo il giro dei circoli letterari ed accademici. E il Maine tradotto in francese e il bestseller di Laveleye (40) entrano a far parte della biblioteca di Zucconi dove sono tuttora conservati, e su Maine e su Laveleye egli mediterà a lungo come dimostrano i molti appunti manoscritti segnati durante il periodo preparatorio della relazione sulla scorta di quei libri rivelatori. Se si può senza esagerazione dire che tutti i grandi partecipi della disputa sulle forme storiche dell'appartenenza sono conosciuti da Zucconi, è però in Maine e, più ancora, in Laveleye che si deve identificare i suoi mentori ammirati e accettati.

Questa linea di cultura alternativa è più suadente proprio perché prende atto di una cultura giuridica più complessa di quella prospettata dalle solite soluzioni ufficiali e intende fare i conti con essa. Gli assiomi e i semplicismi sono banditi, e si incrina criticamente la visione imperturbabile del diritto ufficiale come soluzione unica o la migliore possibile.

---

(40) È appena il caso di precisare che ci riferiamo al fortunato libro: *De la propriété et de ses formes primitives,* Paris, 1874.

Le ascendenze rigorosamente giusnaturalistiche di tante pretese conquiste in tema di proprietà entrano in conflitto con le istanze storicistiche di cui è condito il «positivismo» di Zucconi. Le mitologie costruite su una natura dell'uomo assolutizzata e astratta gli appaiono, come venti anni prima a Maine, delle pseudo-metafisiche. Più convincente l'opera di relativizzazione del grande giurista inglese e dell'economista belga, che tendevano a rispettare la natura dell'uomo registrandone e rispettandone le variazioni nei luoghi e nei tempi diversi. In questa relativizzazione, gli assetti misteriosi della montagna camerte che il Sindaco di Fiuminata gli ha dato da studiare, o tutti quelli degli ex-Stati pontificii che turbano le notti del solerte deputato al Parlamento nazionale, trovano un volto e una legittimazione al di là del maestoso solco romanistico e del diritto legale dello Stato nazionale, costituiscono «un altro modo di possedere».

A Zucconi piace questo correre parallelo di più linee culturali. Non si tratta — per lui che è un proprietario terriero ben piantato nella società borghese — di simpatizzare con le proprietà collettive; mai ho infatti riscontrato nelle sue pagine alcun moto antiindividualistico. Si tratta invece di una valorizzazione della complessità della storia e della pluralità di forze che la guidano, di un rispetto delle fibre minoritarie nel suo multiforme tessuto; di rispetto, insomma, per una realtà positiva non riconducibile se non con forzature e violenze in un solo alveo di scorrimento.

8. A due letture fondamentali — lo abbiam detto — si rifà il nostro avvocato-deputato: a Maine e a Laveleye.

Aggiungo e preciso ora: con una preferenza per Laveleye. E il motivo c'è ed è palese: Maine è un ricostruttore del diritto primitivo in tutte le sue manifestazioni e la proprietà è niente più per lui che il capitolo d'una grande vicenda. Il volume di Laveleye è invece dedicato esclusivamente alla proprietà e alle sue forme primitive accumulando sul tema un materiale sociologico, etnologico, economico e giuridico a livello mondiale che può far sorridere il metodologicamente esigente lettore di oggi ma che conquistava facilmente il «positivista» di fine Ottocento reso convinto da tutto quello scialo di dati «positivi» spesso ottenuti con le indagini-inchieste sul campo propugnate dalla montante sociologia. Se Maine è stato un pioniere

nell'imboccare strade nuove e nell'iniziare un completo lavacro metodologico dello storico-giurista, gli si dovrà ammirazione e riconoscimento, ma l'interlocutore diretto resta Laveleye, che parla di proprietà collettiva e sforna su di essa una incredibile collezione di assai probanti (o, almeno, tali sembrano) dati comparativi.

Tutto questo può costituire senza dubbio un motivo sufficiente, anche sul piano culturale, per privilegiare il colloquio con il professore di Liegi, ma da sufficiente diventa quasi necessario se si soggiunge che Laveleye non soltanto centrava la sua attenzione sul problema della proprietà ma vi guardava non dal solo angolo d'osservazione culturale, bensì anche da quello più squisitamente politico.

Laveleye, che scrive dopo i subbugli parigini del '71 e che ha ben fisso in mente un problema non dilazionabile di questione sociale, legittima la proprietà collettiva anche su questo piano: essa rappresenta «un altro modo di possedere», che ha legittimazioni e fondazioni nel suo ordine storico e sociale e giuridico, ma costituisce altresì il grande strumento di mediazione che, soddisfacendo le istanze del quarto stato, stempera gli ardori rivoluzionari e consente alla società tardoottocentesca una sopravvivenza mantenendo i suoi valori essenziali. Una proprietà collettiva, insomma, *anche* come non secondario momento operativo di futuri progetti politico-sociali.

Un simile messaggio non poteva non essere congeniale per Zucconi, come di lì a poco lo sarebbe stato per l'altro grande «legislatore» italiano in tema di dominii collettivi, Tommaso Tittoni (41).

Dicendo questo non si effettua un mutamento di rotta rispetto all'assunto, più volte affermato e ripetuto, di una prevalenza della dimensione culturale del problema nella visione zucconiana. Quell'assunto va, a mio avviso, tenuto fermo, e il parere legale per il Comune di Fiuminata nella sua spoglia veste ricognitiva d'una verità storica lo sta a dimostrare; lo dimostra anche la relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi, solo che in questa come mi ero ritenuto in dovere di accennare più sopra — affiorano anche altre

(41) Sul rapporto fra Laveleye e Tittoni si veda «*Un altro modo di possedere*», cit., pp. 361-362, «Alla memoria di Emile de Laveleye» è dedicato il volume che conclude la lunga esperienza scientifica di Ghino Valenti sul tema delle proprietà collettive: *Le forme primitive e la teoria economica della proprietà,* Roma, Loescher, 1892.

venature — che non divengono prevalenti, ma che pur sono un elemento oggettivo e segnalano in Giovanni Zucconi un personaggio davvero complesso.

Giurista ed economista, professore universitario, avvocato: è questo lo Zucconi che conosciamo e che più ci interessa, ma si farebbe male a trascurare il solidarista convinto, il notabile camerte attivissimo come presidente, amministratore, consigliere, consulente legale in cento istituzioni benefiche, assistenziali, mutualistiche della provincia. Giovanni Zucconi è un uomo di cultura, e come tale innanzitutto si accosta al problema degli assetti collettivi, ma non è nè per esistenza un cenobita, né per vocazione un metafisico; anzi, la dimensione operativa è in lui vivace. E quel fatto culturale «proprietà collettiva», quello «altro modo di possedere», viene ad assumere — accanto e in sottordine — una valenza ulteriore, operativa.

La consonanza con Laveleye è piena; l'aspetto della proprietà collettiva come strumento di mediazione sociale appare convincente. Già nella relazione del 30 marzo 1886 apertamente si dischiudeva a questi assetti primordiali la possibilità di incidere nello «arduo problema della cosidetta questione sociale» (42) e si faceva espresso riferimento al «mezzo della previdenza e cooperazione» (43); idea ribadita con decisione in occasione di altre relazioni parlamentari (44), quasi a denunciare la non fuggevolezza d'un pensiero.

Zucconi, che è personaggio di straordinaria finezza e intelligenza in ogni sua manifestazione, come solidarista non ha nulla da spartire con le rozzezze di molti benpensanti che riducevano la solidarietà in forme avvilenti (anche se generose) di beneficenza e, quindi, in elemosina. Egli si pone, al contrario, fra coloro che soprattutto dietro Luzzatti, puntavano sulla cooperazione come strumento principe di rafforzamento e rigenerazione economica delle classi non abbienti, su un meccanismo cioè che valorizzasse forze interne alla classe, ne rispettasse l'autonomia ed escludesse umilianti interventi esterni.

Mette conto di leggere quanto egli ebbe a dire, il 14 novembre

---

(42) ZUCCONI, *Relazione,* cit., p. 4.

(43) ZUCCONI, *Relazione,* cit., p. 5.

(44) Cfr. VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva,* cit., pp. 319-320.

1880, a Camerino, come Presidente del Comitato promotore del Congresso delle Società Operaie della Provincia di Macerata, nel discorso di apertura del Congresso stesso: «a raggiungere questi supremi intenti del sociale miglioramento due diverse vie si credettero aperte, due teorie si lottarono il campo: quella della protezione, e l'altra che lo Stuart Mill chiamò con felice espressione la dottrina della signoria di se stessi. Secondo la prima la sorte dei poveri sta nelle mani delle classi ricche, le quali col mezzo della beneficenza hanno il dovere di apparecchiare a quelli un avvenire meno angoscioso ricoverandoli sotto l'ombra della loro protezione. Secondo l'altra teoria, la sorte degli operai deve essere regolata per loro e da loro medesimi. Eglino debbono trovare in se stessi... la vera soluzione del problema del loro avvenire. Io non intendo togliere merito al primo sistema... ma è sopra una base ben diversa che si va erigendo il grande edificio del benessere dei lavoratori... ed è in voi medesimi, o operai, che voi trovate il potere di assicurare la vostra esistenza, è alle vostre doti che è affidata la cura del vostro avvenire. Voi avete cercato nell'ordine il rimedio ai vostri mali, e l'ordine trasse con sé l'organizzazione di voi stessi... organizzandovi strettamente voi avrete un ordine perenne e stabile...» ([45]).

Un esempio storicamente convincente di questa «signoria di se stessi», di questa capacità di autoorganizzarsi è per Zucconi, nei territori di montagna a economia silvo-pastorale, la proprietà collettiva, «un grande rimedio per la soluzione delle questioni sociali in Italia» ([46]). All'illuminato possidente marchigiano, intelligentemente conservatore e quindi intelligentemente aperto a una elevazione sociale ed economica della classe lavoratrice, la liquidazione indiscriminata degli assetti comunitari sembra un errore politico oltre che una iniquità e un atteggiamento diagnostico giuridicamente scorretto. Certo, non una panacea ma uno strumento utile da conservare e potenziare sulla strada del necessario potenziamento dell'associazionismo agrario.

([45]) *Congresso delle Società operaie della Provincia di Macerata tenuto in Camerino-Verbale della seduta del 14 Novembre 1880,* Camerino, tip. Savini, 1881, p. 9.

([46]) Vedi il testo riportato da VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva,* cit., p. 319.

9. Una proficua integrazione a quanto si è detto finora può essere offerta da un breve cenno sulla situazione della Facoltà giuridica camerte negli anni Ottanta, cioè negli anni di maggior lavoro per Giovanni Zucconi e di definizione del suo pensiero e della sua statura culturale; ma sarà un cenno volto unicamente a collegare la riflessione zucconiana con l'ambiente dell'Ateneo.

Se negli anni Settanta l'insegnamento universitario si è svolto a Camerino in modo abbastanza smorto ed opaco, il decennio successivo meriterebbe da solo per la sua vigoria culturale una autonoma attenzione da parte dello storico. Sembra che i personaggi più vivi della scienza italiana, i suoi futuri protagonisti, si sian dati una sorta d'appuntamento sulla collina camerte. Sarà Vittorio Scialoja che inaugura questo felice momento nell'anno accademico 1879-80 e gli seguiranno in continuità, nell' 81 Pietro Cogliolo, nell'82 l'economista Maffeo Pantaleoni, nell' 83 Giuseppe Salvioli, nell' 84 Vittorio Polacco, nell' 85 Giacomo Venezian, nell' 87 Pietro Bonfante e nell' 89 Vincenzo Simoncelli.

La loro presenza è spesso puntellata da prolusioni che, ben al di là delle liturgie formali, costituiscono contributi personalissimi e frammenti di progetti culturali destinati a essere meditati e discussi anche dalle future generazioni di giuristi. Così per Scialoja e la sua prolusione «Del diritto positivo e dell'equità» (47), così per Cogliolo e «La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato» (48), per Polacco e «La funzione sociale della legislazione civile» (49), per Venezian e le «Reliquie della proprietà collettiva in Italia» (50),

---

(47) *Del diritto positivo e dell'equità* — Discorso inaugurale letto il giorno 23 novembre 1879, Camerino, tip. Savini, 1880, ora in *Studi giuridici,* Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932 ss., vol. III, p. 1.

(48) *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato* — Prolusione detta all'Università di Camerino il 21 novembre 1881, Camerino, tip. Savini, 1882.

(49) *La funzione sociale della legislazione civile* — Prelezione letta il 22 gennaio 1885, Camerino, tip. Savini, 1885, ora in *Opere minori,* P. II — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850,* Fasc. I, Modena, Univ. degli Studi, 1929, p. 31.

(50) *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* — Prelezione letta il 20 novembre 1887, Camerino, tip. Savini, 1888, ora in *Opere giuridiche,* vol. II, Roma, Athenaeum, 1930.

per Simoncelli e «Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile» (51).

Per taluni di essi, quegli anni camerti venivano a coincidere con lo sforzo costruttivo di opere di grosso rinnovamento culturale aventi ad oggetto il rapporto uomo-terra e gli eterni problemi della proprietà e del lavoro: sono per Bonfante gli anni di gestazione delle *Res mancipi,* un saggio che è tutto fuorché una esercitazione tecnica di diritto romano, ma anzi apertissimo e specularissimo di tutto il grande dibattito metodologico circostante (52); sono per Simoncelli gli anni dei primi frutti delle sue martellanti ricerche sui contratti agrari medievali e sull'enfiteusi, istituti che consentivano al colto e provveduto civilista di seguire dentro le strutture plastiche forgiate dalle plurisecolari consuetudini emergenti dalle cose la dialettica fra culture giuridiche diverse (53).

Dalle carte e dalla biblioteca di Giovanni non emergono tracce

---

(51) *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* — Discorso letto il 17 novembre 1889, Camerino, tip. Savini, 1890, ora in *Scritti giuridici,* I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938.

(52) L'opera bonfantiana, rielaborazione della tesi di laurea discussa a Roma con Vittorio Scialoja, appare nel suo primo fascicolo a Roma nel 1888, per i tipi della Tipografia della Camera, col titolo: *Res mancipi e nec mancipi.* Sul suo inserimento in un più ampio àmbito discorsivo si veda quanto ebbi occasione di scrivere in «*Un altro modo di possedere*», cit., p. 218 ss., e, da ultimo, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent'anni dalle «Res mancipi» di Pietro Bonfante,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* XVII (1988).

(53) Ricorda proprio gli anni camerti di Simoncelli e, in particolare, le ricerche sull'enfiteusi Pietro Bonfante, che gli fu allora collega a Camerino, in una ricca e ben documentata commemorazione (cfr. P. BONFANTE, *Vincenzo Simoncelli,* ora in *Scritti giuridici vari* — IV — *Studi generali,* Roma, Sampaolesi, 1925, pp. 521-22. Gli studi, cui accenna Bonfante e ai quali il Simoncelli lavorò durante il suo soggiorno camerte, sono: *L'enfiteusi — Esame critico dell'enfiteusi secondo il Codice civile italiano,* Milano, Agnelli, 1888; *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del Codice civile italiano,* in *Archivio giuridico,* XL (1888); *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e le moderne leggi di affrancamento,* sempre in *Archivio giuridico,* XLI (1888); *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici,* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* VI (1888), tutti ora ricompresi, sotto la dizione *Studi sull'enfiteusi,* in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici,* vol. I, Roma, Soc. Ed. del «Foro italiano», 1938. Ad essi può aggiungersi anche il breve saggio *Se l'enfiteuta alienante resti obbligato al canone,* pubblicato originariamente in *La legge,* I (1889), ora ristampato in *Scritti giuridici,* vol. I, cit., p. 397 ss.

significative di rapporti privilegiati con questo o quello studioso (54). Ci si deve pertanto limitare a sottolineare nell'Ateneo camerte, per tutti gli anni Ottanta, un clima culturale sollecitante, percorso da un fascio di idee, in aggancio continuo con le grandi dispute metodologiche che agitavano il sonno dei giuristi piu sensibili e con le proposte di revisione che, soprattutto oltr'Alpe, non nascondevano la propria insofferenza per i monchi e inadeguati arnesi del mestiere del vecchio giurista. Un clima ricco di consonanze culturali, in cui Zucconi dovette inevitabilmente riconoscersi con facilità, trovare conferme, fondare vieppiù le proprie convinzioni, ampliare il proprio respiro.

E come non pensare a qualcosa di più di una semplice coincidenza, quando constatiamo quale tema della prolusione di Venezian nell'87 (55) il problema della proprietà collettiva? Quando la constatiamo intitolata alle «reliquie della proprietà collettiva» in quella Camerino dove Giovanni, preparando minuziosamente la relazione parlamentare dell'86, aveva identificato non una ma parecchie volte nei vigenti assetti collettivi «i residui dell'antico condominio», «i vestigi del regime agrario primitivo», «i resti dell'antico diritto di proprietà comune» (56)? Senza voler segnare rischiose e inutili primogeniture, c'è forse da presupporre al fine lavoro sistematorio di Venezian (57), meritatamente fortunato e meritatamente ricordato

---

(54) Se mai, con Pietro Cogliolo. La prolusione dell'82 «La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato» è nella raccolta di miscellanee di Zucconi segnata da una dedica caldissima dell'Autore. Che il rapporto non fosse puramente formale lo dimostra anche il fatto che Cogliolo, nell'88, ormai Ordinario a Modena da ben cinque anni, invia a Zucconi un estratto della «Law Quarterly Review (XIV, april 1888), in cui, accanto a ricordi di Maine stilati da A.C. Lyall, E. Glasson, F. von Holtzendorff, v'è una sua pagina su «Le opere di Maine in Italia».

(55) Venezian, proprio nella prolusione, elogerà senza riserve l'opera di Zucconi (cfr. *Reliquie della proprietà collettiva in Italia,* in *Opere giuridiche,* vol II cit. p. 29). Accennando alla nuova legge che il Parlamento nazionale si apprestava ormai a varare, egli precisa: «di questo risultato va dato il maggior merito all'intelligenza, alla solerzia e al tatto del Vostro deputato il marchese Zucconi, che seppe porre in giusta luce la natura e gli effetti degli istituti che si volevano nuovamente colpire e, sacrificando anche al bene il desiderio del meglio, avviò al trionfo la causa dei diritti popolari».

(56) Per le citazioni dei testi zucconiani cfr. più sopra, a p. 684.

(57) Una circostanza da non sottovalutare, ma in ordine alla quale occorrerebbe una maggior documentazione circa l'effettiva consecuzione dei tempi, è che Zucconi,

da una catena ininterrotta di posteri fino al giorno d'oggi, lo scavo discreto e silenzioso ma pionieristico e coraggioso di Giovanni Zucconi, una ricerca ingiustamente relegata per troppo tempo nei remoti e inarrivabili archivi provinciali di uffici giudiziari e di comunelli o negli illeggibili atti parlamentari.

---

grazie alla propria moglie, aveva acquisito un vincolo familiare con quella Emma De Sanctis, di nobile ceppo matelicano trapiantato a Camerino per via di eredità, che diviene nel 1889 la sposa di Venezian (nell'occasione delle nozze, il 24 ottobre 1889, fu stampato (Camerino, tip. Borgarelli) un fascicoletto di versi, come allora si usava, che reca questa intitolazione attestante il molteplice legame di parentela e di amicizia fra gli Zucconi e i nubendi: *Nelle nozze della contessina Emma Bertucci Desanctis con il Professor Giacomo Venezian Giovanni e Maddalena Zucconi ed i loro figliuoli diriggono questi versi all'amata nepote, alla cara cugina, all'amico.* Sul punto nessun cenno in M. CHIAUDANO, *Giacomo Venezian nella Università di Camerino,* in *Università di Camerino-Annuario 1932-33,* Camerino, 1933).

ASSOLUTISMO GIURIDICO E PROPRIETÀ COLLETTIVE (*)

1. Il tempo dell'assolutismo giuridico. — 2. Il problema di una 'proprietà collettiva' nel tempo dell'assolutismo giuridico: sordità, furori iconoclastici e liquidazioni fino alla legge di riordinamento generale del 1927. — 3. E dopo la legge del 1927. — 4. Le tracce d'un sentiero nuovo: *a)* la riflessione e l'azione di Giangastone Bolla. — 5. Le tracce d'un sentiero nuovo: *b)* l'art. 34 della legge 25 luglio 1952 n. 991. — 6. Le tracce d'un sentiero nuovo: *c)* nuovi atteggiamenti giurisprudenziali. — 7. *Condominium iuris germanici*: un fantasma benefico. — 8. Alterità dello schema giuridico della proprietà collettiva: la proprietà collettiva e il suo alveo culturale. — 9. Memoriale sommesso per l'interprete odierno.

1. Nei miei 'corsi' di Storia del diritto moderno, se v'è una elementare constatazione che mi premuro di sottolineare sempre agli studenti, è che l'età del liberalismo economico ha attuato il più rigido e sordo assolutismo giuridico, e che questo assolutismo seguiva ad un sostanziale e sentito pluralismo giuridico imperante nel colmo della civiltà medievale e di poi mai smentito sino alla fine dell'antico regime.

Constatazione fin troppo elementare — si dirà da taluno —, ma meritevole, a mio avviso, di essere enunciata e ribadita a causa dei troppi plagi culturali perpetrati fino a ieri nelle nostre coscienze, a causa della distraente mitologia risorgimentale e post-risorgimentale.

(*) Questo saggio trae la sua prima origine in un intervento tenuto, il 16 marzo 1990, in Roma, in occasione della Tavola Rotonda organizzata dalla 'Libera Università Internazionale degli Studi Sociali' su *Proprietà comunitarie e usi civici: vicende e prospettive tra continuità e trasformazione*. In una guisa assai più articolata e complessa fu riproposto quale Relazione introduttiva al Convegno Nazionale tenutosi in Viareggio, nei giorni 5-7 aprile 1991, su *Demani civici: principii, disciplina, prospettive*. Il suo contenuto programmatico ha formato infine l'oggetto della 'introduzione' al Seminario di studi *Per una proprietà collettiva moderna* organizzato in Cortina d'Ampezzo il 21 giugno 1991 dalla Comunanza delle Regole Ampezzane.

In questa redazione definitiva che si pubblica sulla 'Rivista di diritto agrario', la sua veste si diversifica per alcune precisazioni e integrazioni rispetto al testo stampato, in 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno', XIX (1990), p. 505 ss.

L'urlo della Marsigliese e i mortaretti sparati per le carte dei diritti hanno troppo spesso impedito di avvertire quanto coartante e innaturale fosse il gran processo di legificazione e di codificazione sette-ottocentesco (1).

Il terzo stato al potere ha il merito non secondario di avere intuito — a differenza del Principe di antico regime — che *tutto* il diritto interessa al detentore del potere politico e che è nel monopolio della produzione giuridica la garanzia prima e più valida per quel potere. Dinnanzi a un diritto ormai tutto identificato nella volontà statuale ci si è beati di fonti certe e chiare, limpide nel dettato, robustamente pensate, fondate su un ammirevole sapere tecnico, e non si è riflettuto abbastanza su due conseguenze gravissime: il diritto si identificava ormai nel solo diritto ufficiale, e, come tale, tendeva sempre più a formalizzarsi, mentre un confine compatto veniva ad ergersi fra il territorio del diritto e quello dei fatti; la società civile continuava ad essere depositaria della produzione giuridica soltanto nella favola-finzione della democrazia indiretta sbandierata dalla apologetica filo-parlamentare, ma nell'effettività ne restava clamorosamente espropriata; il diritto veniva sradicato dalla complessa ricchezza del sociale per legarsi a una sola cultura, impoverirsi, e identificarsi sgradevolmente nella espressione del potere e della sua classe detentrice.

Assolutismo giuridico significa tutto questo, ma per lo storico significa soprattutto inaridimento: il rigido monismo dettato da imperiosi principii di ordine pubblico impedisce una visione pluriordinamentale e, di conseguenza, pluriculturale, concependo un solo canale storico di scorrimento munito di argini tanto alti da evitare immissioni e commistioni dall'esterno. La regola, la norma, si generano in quel solo corso; il regolare, il normale, su quello si misurano. Tutto il resto ha due condanne pesanti: l'illecito o, ad andar bene, l'irrilevante. La stessa tecnica giuridica, la stessa estetica giuridica, qui si generano, si motivano, si autogiustificano. Fuori è il regno delle creature aberranti e mostruose, che destano la ripu-

(1) Su questi aspetti dell'assolutismo giuridico abbiam creduto di richiamare l'attenzione in una nostra recente nota: *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988), p. 518 ss.

gnanza del sano giurista borghese o, tutt'al meno, ne eccitano il suo sentimento del ridicolo.

2. Tutto questo preambolo potrebbe sembrar troppo alato e troppo astratto, se non fosse invece la premessa puntuale per cominciare a parlare senza prevenzioni, con una totale disponibilità storicistica, del problema delle proprietà collettive nella cultura giuridica italiana di ieri e di oggi, del problema delle proprietà collettive in rapporto all'ordinamento positivo italiano. E mi piace che ne abbiano offerto il destro la Tavola Rotonda organizzata dalla LUISS nel 1990 per presentare un ricco volume di 'atti' congressuali, il Convegno viareggino del marzo 1991 promosso dall'infaticabile Franco Carletti e, infine, il Seminario di Studio delle Regole Ampezzane svoltosi appena qualche giorno fa, il 21 giugno 1991, iniziative tutte ispirate a una sincera disponibilità culturale (2).

E cominciamo con un primo chiarimento, che è terminologico e concettuale insieme, e che è necessario preporre alle nostre pagine a causa della estrema equivocità dell'espressione 'proprietà collettiva'. È ovvio che la usiamo nel significato tecnico attribuitogli dalla tradizione dei giuristi, ma poiché presso di noi, in Italia — particolarmente dopo la legge del 1927 — 'proprietà collettiva' è un contenitore affatto slabbrato con un'ampiezza che va dall'uso civico alla proprietà comune e si presenta pertanto come un termine sottoposto a un uso anfibologico se non addirittura plurisenso segnando una non sempre corretta osmosi fra strutture relativamente accomunabili, è bene aggiungere che il fenomeno, cui soprattutto ci si riferisce in queste pagine, è quel paradigma di proprietà collettiva rappresentato dalle comunioni familiari e soprafamiliari, in cui l'appartenenza dei beni è imputata a una comunità ininterrottamente vivente nella storia e che si concretano in forme organizzative

(2) La Tavola Rotonda è quella cui si fa cenno nella nota con asterisco al titolo del presente saggio; il volume è l'ampia raccolta di studi, già presentati in un convegno cadorino dell'86, ed ora pubblicati sotto la intitolazione: *Comunità di villaggio e proprietà collettiva in Italia e in Europa-Contributi al simposio internazionale di Pieve di Cadore, 15-16 settembre 1986*, a cura di Gian Candido De Martin, Padova, Giunta regionale del Veneto - Cedam, 1990. Anche del Convegno viareggino e del Seminario ampezzano si fa cenno nella precitata nota al titolo.

anche assai complesse di gestione dei beni comuni. Con l'ulteriore annotazione che il fronteggiarsi fra comunità e territorio, perché si traduca tecnicamente in un esperimento di proprietà collettiva, deve incarnarsi in un complesso di scelte tecnico-giuridiche (un tipico assetto decisamente comunitario dove non allignano indulgenze individualistiche e dove si ha una visione strettamente funzionale del rapporto coi beni) che attingono a singolari fondazioni antropologiche e culturali (la comunità — e la comunione — come valore sociale supremo; primato dell'oggettivo sul soggettivo). La proprietà collettiva, quella autentica, cioè, non è mai soltanto uno strumento economico o un espediente giuridico, bensì una rappresentazione antropologica che affonda nei valori d'una certa civiltà agraria. Un'ultima aggiunta: se nelle pagine seguenti faremo i conti con l'espressione più piena — paradigmatica, dicevamo più sopra — di proprietà collettiva, è opportuno però sottolineare che, con la limitazione or ora posta, si rischia di eliminare tutta una gamma di proprietà collettive che oggi mostrano, per l'erosione da parte dei poteri pubblici o privati, un contenuto di godimento tanto limitato da ridursi visibilmente al livello di *ius in re aliena*, ma che qualitativamente — sia per origine storica che per natura giuridica — sono genuine anche se larvate forme proprietarie. Con questi chiarimenti ed avvertenze, riservandoci di tornare più avanti per maggiori precisazioni, si può ormai scendere senza indugi *in medias res* (3).

Il tema delle proprietà collettive è stato uno dei più illuminanti banchi di prova dell'assolutismo giuridico ottocentesco: durante quasi tutto un secolo l'unica reazione dello Stato monopolizzatore della produzione giuridica fu quella di rimuovere gli assetti proprietari collettivi. Senza essere sfiorato dall'ombra di un dubbio, mescolando indebitamente con ignorante protervia usi civici, partecipanze, università agrarie, comunanze, proprietà comuni, dovunque fossero situati, a qualunque radice storica si connettessero, con qualsivoglia struttura si fossero organizzati, il legislatore non ebbe che un solo pensiero incombente: quello che, con termine auschwitziano, è stato fino a ieri chiamato la loro 'liquidazione'.

In uno Stato borghese socialmente e politicamente fondato su

(3) Per dei chiarimenti sul significato sostanziale vedi più avanti le osservazioni di p. 731 ss.

un vivacissimo soggetto proprietario, con una concezione individualistica (e perciò potestativa) della proprietà privata, con una tensione precisa alla libertà economica e quindi anche alla libera circolazione dei beni (in cui particolarmente s'incarnava 'la liberation de la terre' vistosamente scritta sugli stendardi della Rivoluzione), in questo Stato tutto ciò che attiene alla appartenenza dei beni, anche se è segnato nei Codici civili, ha una rilevanza pesantemente pubblicistica, diventa inevitabilmente un problema di ordine pubblico, e perciò squisitamente costituzionale. È in coerenza con questa certezza fondamentale che lo Statuto albertino, nell'art. 29, sancisce che «tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili», riferendosi ovviamente con quel plurale a tutte le manifestazioni della proprietà individuale così come sono disegnate dal Codice sardo del 1837 e poi dal primo Codice unitario del Regno d'Italia del 1865. Chi osasse credere che quel plurale sia una anacronica anticipazione delle proprietà di pugliattiana memoria, si sbaglierebbe di grosso.

Certamente, i varii tipi di proprietà collettiva così estranei al modello di appartenenza segnato nei Codici civili, così scandalosi di fronte al buonsenso borghese per quel loro aperto sacrificare e condizionare — lo vedremo più avanti — le posizioni individuali alle esigenze del bene produttivo e della comunità suonavano rottura d'un ordine che, prima d'essere economico, costituiva l'ideologia più intima del nuovo Stato. E si sa bene che, senza troppe differenziazioni fra Stato italiano unitario e staterelli dell'età della Restaurazione, per tutto il secolo, almeno fino al 1888, si sopprime e si elimina dallo scenario quanto più è possibile di strutture di appartenenza collettiva; fino al 1888 e poi al 1894, quando più mature acquisizioni culturali consentiranno a personaggi ricchi e complessi quali Giovanni Zucconi e Tommaso Tittoni di operare qualche modesto argine e di inserire qualche incrinatura nell'infatuazione abolizionistica in occasione dei due grandi appuntamenti legislativi — appunto dell'88 e del '94 — sulle cosiddette servitù di pascere negli Stati ex-pontifici (4).

(4) Su Giovanni Zucconi e su Tommaso Tittoni vedi quanto ebbi occasione di scrivere nel volume: *'Un altro modo di possedere' - L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, soprattutto pp. 327 e 350 ss. Su Zucconi sono tornato recentissimamente col saggio: *La cultura giuridica di*

Fra le mille estrinsecazioni di una simile cultura giuridica ufficiale sorda e indisponibile a prendere atto di diversi e forse opposti sistemi di appartenenza ha una straordinaria franchezza espressiva la voce di Oreste Regnoli, civilista a Bologna, che scrive nel momento di acme dell'atteggiamento liquidatorio, e cioè nel 1882, anno in cui ancora quella cultura ufficiale non aveva subìto né turbamenti né perplessità (5). In una memoria redatta per il municipio di Medicina sul tema dello scioglimento delle Partecipanze — memoria che appartiene a una libellistica teorico-pratica di ottimo livello, anche se viziata da palesi unilateralità — il Regnoli non ha esitazione nel qualificare la proprietà collettiva incarnata dalle Partecipanze come una «anomalia» (6), ma non una semplice e innocua deviazione dalla *regola* rappresentata dal diritto civile codificato, piuttosto una mostruosità che viene a negare le certezze più riposte dello Stato. Si conclude che è «evidente la incompatibilità delle Partecipanze in genere col diritto pubblico vigente», giacché la loro organizzazione «non solo è perturbatrice dell'ordine giuridico, sì anche economico, come quello che sottrae all'utile commercio vasti territorii, mantenendo una specie di manomorta in onta ai più elementari e più certi principii di pubblica economia, e di più poi è perturbatrice dell'ordine morale e della pubblica tranquillità» (7).

Parole grosse, che arrivano a scomodare la dimensione gelosa dell'ordine pubblico e quella stessa etica sociale dove continua a campeggiare quale modello insuperabile di cittadino il soggetto-proprietario, laboriosissimo e depositario d'ogni virtù così come avevan cominciato a disegnarlo i programmi fisiocratici; parole grosse, che posson sembrare incredibili e ridicole solo se non si tiene conto che il problema non è un semplice problema di più o meno efficiente organizzazione economica, di scelte cioè relative, ma che,

---

Giovanni Zucconi, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVIII (1989).

(5) Oreste Regnoli (Forlì 1816 - Bologna 1896) è forse più noto al grande pubblico come mazziniano fervente e protagonista nelle vicende risorgimentali della sua Romagna. Fu per lunghi anni professore di Diritto civile nella Università di Bologna.

(6) O. Regnoli, *Sullo scioglimento delle partecipanze. Memoria per il Municipio di Medicina ai Ministri di Grazia e Giustizia e dell'Interno*, Bologna, tip. Compositori, 1882, rist. in *Scritti editi ed inediti di diritto civile*, Bologna, Zanichelli, 1900, p. 353.

(7) Regnoli, loc. ult. cit.

al contrario, investe la messa in discussione di un modello avvertito come assoluto, cioè venato di pesante eticità; parole grosse ma con un carattere straordinariamente confessorio.

Nelle scoperte parole del giurista Regnoli non si invoca infatti tanto la convinzione post-illuministica del progresso incessante nella organizzazione sociale; non è tanto il problema strettamente giuridico del possibile inserimento degli assetti proprietarii collettivi nell'ordinamento positivo italiano, quanto il problema più propriamente politico di difendere un modello proprietario strettamente connesso con la ideologia ufficiale. Il problema della proprietà collettiva, quantitativamente modesto e circoscritto generalmente a remoti territorii montani, era però qualitativamente rilevantissimo per la conseguenza che inevitabilmente comportava, e cioè la ridiscussione da cima a fondo del modello portante; e questo non era lecito. La ridiscussione andava spenta prima che nascesse, con l'unico strumento idoneo: la liquidazione delle proprietà collettive. Le 'anomalie' sono di per sé dei mostriciattoli soltanto perché non combaciano col modello unico. Ogni venatura pluralistica è ignota, giacché il bene della società è riposto unicamente in quella tappa avanzata e forse ultima del processo giuridico rappresentata dai Codici civili. La visione assolutistica è totale.

Quel ch'è peggio è che una simile visione va ben oltre le rigidezze di quegli anni Ottanta quando Regnoli scriveva la sua memoria. Le incrinature — del resto, assai tenui — timidamente inserite nelle leggi precitate dell'88 e del '94 si spengono nella ostilità generale, e sarà il legislatore stesso, con la legge 8 marzo 1908, n. 76, a sospendere l'applicazione degli atti normativi precedenti per gli Stati ex-pontificii, mai ben digeriti a causa delle loro «prevalenze democratiche» (8).

Si giunge insomma alla legge di riordinamento generale 16 giugno 1927, n. 1766 con uno stato d'animo e un atteggiamento che non sono affatto cambiati. Una nota di speranza poteva ingenerarla la presenza fra i Relatori di Carlo Calisse, uno storico del diritto

(8) L'affermazione la si può leggere nella relazione al Senato di Carlo Calisse in occasione della discussione per la conversione in legge del R.D. 22 maggio 1924, n. 751 (cfr. *Le Leggi*, a. 1927, p. 1060). L'intero, interessante testo di Calisse è riportato più sotto alla nota 13.

medievale di indubbia competenza e buon conoscitore degli assetti proprietarii collettivi dell'Italia centrale (9). Calisse non era però l'uomo culturalmente idoneo per mettersi nel solco antico degli Zucconi e dei Tittoni: era sinceramente fascista ed era conquistato dall'idea suadente di una «sistemazione uniforme per tutto il Regno» che fosse immagine tangibile della unità della Nazione (10); aveva in passato dimostrato una assai relativa disponibilità alla comprensione dei meccanismi socio-giuridici di proprietà collettiva (11); per di più — e mi sembra un dato da non sottovalutare — era lo studioso che, pur allievo del germanista Schupfer, aveva sin dall'inizio propugnato in contrapposizione al maestro una visione di continuità romanistica per lo sviluppo della storia giuridica altomedievale in Italia, tratteggiando all'insegna di un pesante romanesimo anche le istituzioni del pieno medioevo barbarico (12).

Questo complesso di caratterizzazioni motiva sufficientemente la diffidenza verso gli assetti collettivi che traspare con chiarezza dalla stessa Relazione pronunciata da Calisse al Senato del Regno: le leggi che dal 1888 sono state promulgate per disciplinare le 'servitù di pascere' nelle provincie già formanti lo Stato Pontificio sono oggetto di aperta irrisione, come se quei legislatori (io leggo fra le righe — scritti a inchiostro simpatico — i nomi di Zucconi e di Tittoni) si fossero comportati unicamente da infatuati di anticaglie e inquinati da perverso spirito populistico (13).

---

(9) Più che all'ampio saggio su *Le condizioni della proprietà territoriale studiate sui documenti della provincia romana dei secoli VIII, IX e X*, in *Archivio della Società romana di storia patria*, VI (1884) e VIII (1885), ci riferiamo alla monografia su *Gli usi civici nella provincia di Roma - Osservazioni*, Prato, Giachetti, 1906.

(10) Vi insiste nella sua precitata *Relazione* al Senato, p. 1061.

(11) Il riferimento è al libello sopracitato: *Gli usi civici nella provincia di Roma*, un saggio dall'ispirazione assai ambigua. Vedi quanto rileva U. PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in *La proprietà e le proprietà* (Atti del Congresso Nazionale della Società italiana di storia del diritto — Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985), Milano, Giuffré, 1988, p. 509.

(12) Coglieva sostanzialmente nel segno il Solmi, quando, con frase condita di insopportabile retorica fascista, diceva di lui: «figlio di Roma, serbò fede alla antica e gloriosa madre del diritto, e rivendicò l'importanza del diritto romano nella spiegazione del diritto italiano del medio evo» (A. SOLMI, *In onore di Carlo Calisse*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse* — vol. I — Milano, Giuffrè, 1940, p. 5).

(13) Nella *Relazione* cit., p. 1060, riferendosi appunto a quel complesso norma-

La legge del '27 fece quattro guasti clamorosi: volle essere unitaria, nazionale, realizzando quella che giustamente uno storico del diritto investito di altissime funzioni giudiziali avrebbe chiamato, molti decenni dopo, una «artificiosa uniformità» (14); non solo, ma costruì la norma generale sul calco «della classica e sempre gloriosa legislazione meridionale» (15), epperò non soltanto non tenne conto delle diversità locali (diversità ben spesso fondamentali sia per quanto attiene alla origine storica, sia alla costruzione giuridica), ma pretese di rivestire normativamente le situazioni particolari dell'Italia centro-settentrionale con una veste aliena e inidonea, commettendo un trapianto forzoso, innaturale e antistorico; fece d'ogni erba un fascio e strinse sotto la onnicomprensiva ma falsante dizione di «usi civici» situazioni oggettivamente non riconducibili entro quell'unico denominatore; si riportavano i diritti promiscui «in una sfera di diritto pubblico» in coerenza con le impostazioni generali del

---

tivo, egli afferma: «si andò in traccia degli usi civici, si fecero risorgere anche dal silenzio di secoli lontani, si difesero con le più ardite presunzioni, si ricostituirono e si aumentarono i possessi collettivi, si dette vita giuridica a tutte le associazioni agrarie, tutrici e rivendicatrici dei diritti del popolo con ampie facoltà, fino a poter avere in occupazione provvisoria, che poteva anche diventare definitiva, le terre su cui si vantavano usi civici, non ostante che questi fossero d'altra parte contestati». Poco più sotto, nella stessa pagina, ritorna sul punto con la frase già riportata da me nel testo: «ma più che in altro luogo la insufficienza delle leggi si mostrò grave nelle provincie centrali, ove con le prevalenze democratiche, di cui si è già detto, si erano accesi oltre misura i desiderii delle popolazioni delle campagne...».

(14) Lo storico del diritto cui si accenna nel testo, è Giovanni Cassandro, che — quale giudice costituzionale relatore — così si esprime (Corte Costituzionale 8 giugno 1963, n. 87: Soc. an. Vascellari c. Assoc. agraria Schermetzein). Vedine il testo in *Comunioni familiari montane* - Testi legislativi, sentenze, studi e bibliografia, a cura di E. Romagnoli e C. Trebeschi, Brescia, Paideia, 1975 (la citazione è a p. 374). Per valutazioni parimente severe e parimente autorevoli da parte di storici del diritto sulla legge del 1927 cfr. G. Astuti, *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia*, (1954), ora, in G.A. *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, E.S.I., 1984, II; G.P. Bognetti, *Per la riforma della legge sugli usi civici*, in *Rivista di diritto agrario*, XXXIII (1954), parte I, p. 280 ss.

(15) Sono parole di uno dei primi adesivi commentatori (cfr. G. Curis, *Gli usi civici*, Roma, Libreria del Littorio, 1928, p. 20). Si vedano anche le pagine chiarificatrici di V. Cerulli Irelli, *Proprietà collettiva e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983, soprattutto p. 342 ss., dove si insiste sulla derivazione dalla legislazione murattiana del principio dominante dello 'scioglimento delle promiscuità'.

regime (anche se in contraddizione con il carattere condominiale loro riconosciuto) (16) e si perpetrava in tal modo un'altra innaturale operazione, ripugnando una riduzione pubblicistica, come vedremo tra poco, almeno a tutte le proprietà comuni dell'Italia centro-settentrionale.

Era, quello del '27, l'ultimo e più grave episodio di violenza legale, di sordità e di indisponibilità a tentar di capire le ragioni storiche e giuridiche di un fenomeno complesso e variegatissimo; tanto più grave, perché negli ultimi decenni del secolo precedente tutta una coralità di voci si era levata per togliere ai mostriciattoli collettivi la diffusa immagine di servitù abusive, di gravami del libero dominio, di rimasugli di assetti feudali, per restituir loro un volto autentico sia sotto il profilo storico che sotto quello giuridico.

Sempre trionfante era l'idea dell'onnipotenza del legislatore, della sua capacità di mutare 'de albo nigrum'; e sempre, l'identificazione fra cultura giuridica e cultura ufficiale, con un solo canale di scorrimento, con la preclusione più netta ad ammettere canali concorrenti e diversi in una visione autenticamente pluriordinamentale. Con la legge del 1927 il ricco fenomeno dei diritti promiscui e delle proprietà collettive ne usciva — nella visione monca di quel legislatore — prigioniero e anchilosato in una armatura normativa inidonea, che tendeva sempre più a soffocarlo in vista dell'auspicato sacrificio supremo.

3. Il regime fascista poteva avere più di un motivo per gradire questa legge uniforme, che affermava una visione squisitamente pubblicistica e che dava ai mille problemi una pretesa risposta a proiezione nazionale, e può essere comprensibile che, finché visse il regime, il fenomeno delle proprietà collettive si trovasse — per così dire — raffrenato sotto il peso incombente della legge. Ne sono una

(16) Interessante la dettagliata relazione alla Camera del deputato Giacomo Acerbo, professore di Economia e politica agraria all'Università di Roma, colui che sarebbe stato dal '28 al '35 Ministro per l'Agricoltura e le Foreste (*Le leggi*, a. 1927, pp. 1068-69). Nella sua Relazione Acerbo insiste sulla esigenza che i diritti civici debbano «essere riportati in una sfera di diritto pubblico», legando ciò con parecchia inconsapevolezza e inconseguenza all'avere quelli ritrovato «la loro vera natura, quali diritti di condominio».

prova i primi due Congressi nazionali di diritto agrario, tenuti nel 1935 e nel 1938, dove ai nostri problemi viene dedicata una attenzione assolutamente irrisoria; ne è prova anche lo «Archivio 'Vittorio Scialoja' per le consuetudini giuridiche agrarie e le tradizioni popolari italiane», diretto dal '34 al '43 da Giangastone Bolla — colui che sarà uno dei più battaglieri paladini delle proprietà comuni alpine nel secondo dopoguerra —, dove, se si fa eccezione per l'ultimo fascicolo, lo spazio a un fenomeno che è tra i più vivi del patrimonio consuetudinario agrario italiano è decisamente ridotto (17).

Ma, quando, dopo il crollo del regime e l'instaurazione in Italia di una democrazia parlamentare, si constata che nulla muta nella coscienza del legislatore e dei giudici, allora è segno che si tratta del permanere — radicatissimo nelle coscienze — dello stesso atteggiamento mentale che sessanta anni prima aveva guidato la penna del civilista Regnoli; è segno che il plagio assolutistico si è calato nelle coscienze e vi domina indisturbato. Malgrado il mutamento istituzionale e il sovvertimento nell'ideologia politica, v'è una sottostante più profonda ideologia che trionfa e che reca come suo germe una pervicace intolleranza impeditiva d'una visione pluralistica dell'ordine giuridico.

Due esempi appaiono illuminanti.

Il primo concerne quello che è senza dubbio il più rilevante atto giudiziario con cui si apre — sul terreno delle proprietà collettive — il secondo dopoguerra: la sentenza 24 ottobre-27 dicembre 1947 emessa dal Commissario per la liquidazione degli usi civici per le provincie di Trento, Bolzano e Belluno, Giovanni Raffaglio, nella causa fra le Regole ampezzane e il Comune di Cortina.

---

(17) È significativo infatti — e si riprenderà fra breve questo accenno — che l'*Archivio 'Vittorio Scialoja'* si chiuda, in quell'anno rovinoso ed estremo che fu il 1943, con un piccolo saggio di Bolla, saggio incompiuto e che — come tale — mi sembra particolarmente proiettato per l'innanzi anche se momentaneamente interrotto dai tragici eventi generali. Il saggio ha una intitolazione emblematica: *Per la tutela e la organizzazione della proprietà collettiva dei territori alpini ed in specie del Cadore. Note e proposte per una maggiore aderenza della legge 16 giugno 1927, n. 1766 a situazioni particolari*, in *Archivio 'Vittorio Scialoja'*, X (1943), pp. 25-41. È significativo anche che, proprio in questo fascicolo, Bolla pubblichi due laudi regolieri fra i 'Documenti per la storia giuridica dell'agricoltura'. Se ne veda più sotto (p. 713) una motivazione.

Singolare la compresenza nella stessa vicenda giudiziaria di protagonisti significativi: il Commissario è il Raffaglio, un magistrato notissimo come autore di molteplici interventi in materia e soprattutto di un 'manuale' che ha corso molto nelle mani dei pratici e che ha avuto la fortuna di ben tre edizioni ([18]); che tuttavia — aggiungiamo — non ha mai dimostrato né sensibilità culturale né robustezza di fondazioni storico-giuridiche ([19]); come patrono delle Regole, Giangastone Bolla, che aveva avviato da qualche anno un ripensamento critico sulla legittimità culturale della legge del '27 come normativa onnicomprensiva ([20]) e che insisteva sulla esigenza di una tastiera più varia e più ricca per l'interprete di quanto non offrissero gli usuali strumenti esegetici. Dirà, di lì a poco, Bolla, in un saggio del 1948 in cui si pone per la prima volta il problema degli assetti proprietarii collettivi nel quadro della novissima carta costituzionale, dichiarando meglio che altrove il metodo seguíto, i suoi ispiratori, le sue finalità operative: «se è vero che queste forme di utilizzazione del suolo hanno prodotto una forma di proprietà particolarmente atteggiata e ordinata, conviene darne la prova. E la prova deve essere dedotta non già da interpretazioni fittizie o parziali o atomistiche, bensì col sussidio di tutti quei mezzi che la scienza

---

([18]) Il riferimento è a: *Diritti promiscui, demani comunali, usi civici*, Milano, SEL, 1905, nuovamente edito nel 1915 e poi ancora nel 1939.

([19]) La modestia del personaggio appare assai nitidamente da certi suoi interventi sulla neo-nata 'Rivista dei demani, usi civici, domini collettivi', dove, immediatamente dopo il R.D. 22 Maggio 1924 n. 751 sul riordinamento degli usi civici del regno e la Legge di conversione 16 giugno 1927, n. 1766, Raffaglio esamina taluni assetti collettivi dell'Italia settentrionale per constatare se potevano rientrare nell'oggetto dei predetti provvedimenti normativi. Si veda, p.e., G. RAFFAGLIO, *Usi civici e asssociazioni nel trentino-Cenni e notizie*, in *Rivista dei demani, usi civici, domini collettivi*, II (1926), p. I ss., dove il grossolano e vecchissimo criterio discriminativo proposto è tra «associazioni utili e inutili»; oppure *Le società di antichi originari in rapporto alla legge 16 giugno 1927*, n. 1766, *ibidem* IV (1928), dove (v. soprattutto p. 6) il problema è di vedere se si tratta di associazione agraria o piuttosto di «*una comunione civile* [il corsivo è dell'Autore] che dalla legge civile comune e dalla volontà dei condomini soltanto può avere regola e norma», un modo di riflettere angusto e miope che non sa disincagliare gli assetti proprietari collettivi dalle due leggi generali, il Codice civile con il suo condominio per quote e la norma del '27, e che si preclude pertanto ogni possibilità di reale comprensione del complesso problema.

([20]) La prima testimonianza sembra essere il breve saggio pubblicato nel '43 sullo *Archivio 'Vittorio Scialoja'* e a cui si è fatto cenno nella nota 17.

giuridica offre per identificare una fattispecie. Tali mezzi, come è noto, sono molteplici giacché si estendono all'etnologia, al diritto comparato e persino al linguaggio, ma noi ci limiteremo, per ovvie ragioni, a quanto è indispensabile alla ricostruzione organica del problema. Non potremo perciò prescindere dalla storia e da indagini tecnico-giuridiche sul modo di costituirsi della proprietà terriera... Né ciò appaia zelo eccessivo o ambizione di studioso, perché *ci muove soltanto lo scrupolo di assolvere meno indegnamente il nostro compito e l'intento* di concorrere ad un'opera riparatrice verso i montanari e di giustizia sociale» (21).

Il corsivo è di Bolla e sta a sottolineare — per il lettore non del tutto convinto — che queste sono affermazioni cui l'autore adduce il massimo rilievo, attengono al metodo e non agli orpelli esteriori, concernono l'essenza della bolliana 'recherche de la verité'. Il problema delle proprietà collettive resterà un mistero o diventerà un pernicioso fraintendimento, se l'interprete penserà soltanto allo Stato italiano, alla sua tradizione ufficiale, alle sue leggi. L'esegesi — cioè il passivo servilismo di fronte a uno *ius positum* — è una visione troppo angusta. Consapevolezza metodologica che scaturisce dalla coscienza che quelle strane proprietà nascono al di là dello Stato e al di là dello Stato si motivano, sono il segno di altre culture aliene o contrarie e di esse serbano il marchio inconfondibile che tutte le tipicizza. Le fonti del giurista-interprete — ma fonti in senso stretto — saranno la storia del diritto, il diritto comparato, le rilevazioni etnologiche e linguistiche assai più del sistema civilistico codificato. A meno che non si torni all'ideologia del mostriciattolo, che deve essere inesorabilmente soppresso.

Lo scenario che si apre all'interprete è tanto ampio quanto impegnativo; né sarà vano lusso per lui arrivare al grande dibattito

---

(21) Il brano è tratto dal discorso, letto a Udine il 26 agosto 1948 su invito della Associazione agraria friulana, *Per la tutela e il progresso della proprietà dei montanari nel quadro della Costituzione italiana*, pubbl. su *L'Italia forestale e montana*, II (1948), ora in G.G. BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 545 ss. Bolla aveva già espresso compiutamente il proprio pensiero, oltre che nel saggio incompiuto del 1943 citato alla nota 17, in un intervento assolutamente coevo alla vicenda giudiziaria di cui si parla, e cioè il discorso su *La proprietà regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, in *Atti del convegno regionale veneto per il miglioramento dell'economia montana*, Belluno, Benetta, 1946, p. 166 ss.

ottocentesco sullo sviluppo delle forme storiche di proprietà terriera, perché probabilmente sarà riposto proprio lì il segreto di queste singolari 'appartenenze'. E nelle pagine di Bolla i protagonisti del dibattito entreranno in frotta, da Cattaneo a Valenti, da Tamassia a Schupfer, da Laveleye a Lamprecht, da Maine a Miaskowsky (22). Saranno pagine massificate, fitte di troppo frequenti e talora eterogenei richiami, con un apparato documentario spesso rozzo e spesso non decantato, pagine insomma culturalmente non rigorose, ma che traevano il loro intimo rigore nell'accortezza metodologica che le sorreggeva, nella coscienza limpidissima e — questa sì — rigorosa che il problema con le sue chiavi di soluzione stava al di là dello sguardo semplicistico e limitato dell'esegeta. Il rigore, che è doveroso riconoscere in Bolla, è nella ritrovata percezione dell'alterità degli assetti collettivi rispetto al diritto vigente italiano, e della conseguente assurdità di voler continuare a misurarli con delle unità di misura assolutamente falsanti.

Queste considerazioni sull'avvocato delle Regole ampezzane varranno a capir meglio in quale posizione pesantemente dialettica si collocasse invece il Commissario Raffaglio: «sapiente, illuminato di matura saggezza è il precetto ed insegnamento che all'intimità della storia si deve trarre luce e guida per la costruzione del sistema del diritto vigente; ma tale precetto deve ritenersi rivolto più agli studiosi ed ai legislatori che ai giudici, cui è dato soltanto con l'interpretazione analogica, e ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, supplire nei casi dubbi, a norme incomplete (art. 12 delle pre-leggi al codice civ.)»; pertanto «il caso in esame deve essere deciso alla stregua solo delle leggi esistenti ed applicando queste» (23); «la storia varrà a meglio rilevare la natura di

---

(22) Dibattito e protagonisti, cui abbiamo fatto riferimento in *'Un altro modo di possedere'*, cit. Cattaneo, Valenti, Tamassia e Schupfer sono massicciamente presenti nella biblioteca privata di Bolla, e vi è presente 'L'ancien droit' di Maine nella traduzione francese di Courcelle Seneuil come il 'De la propriété et de ses formes primitives' di Emile de Laveleye. La biblioteca di Giangastone Bolla, conservata presso lo 'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato' di Firenze ed opportunamente mantenuta nella sua unitarietà, è specchio fedele e testimonianza vivente degli orientamenti dello scienziato.

(23) Vedi il testo della sentenza nella precitata raccolta, curata da Romagnoli e

queste istituzioni, seguirne la loro evoluzione per ricondurle e inquadrarle nel sistema giuridico vigente» (24).

Tenendosi all'interno della cittadella della più stretta dommatica legalitaria, Raffaglio è completamente sordo al pluralismo di Bolla; la cultura giuridica, o, per meglio dire, quell'intreccio fra diversi filoni culturali, cui l'agrarista fiorentino si richiama, è un po' come l'equità: questa e quello convengono unicamente al legislatore. Il giudice dovrà misurare le strutture giuridiche delle Regole ampezzane soltanto con le linee del sistema positivo italiano vigente, e, se le misure non combaciano, non rimarrà che sforzare quelle singolari strutture fino a ricondurle al sistema e inquadrarle in esso. Alla storia è riservata una funzione strumentale e decisamente viziata da un'antinomia profonda: servirà a illuminare la reale natura degli assetti collettivi, anche se, alla fine, smentendo se stessa, sarà comunque chiamata a corroborare e definire l'operazione di riconduzione al sistema.

Ed ecco le conclusioni sul piano giuridico: agli assetti collettivi ampezzani, che chiedevano il riconoscimento della loro natura privatistica, risponde il Commissario: «si ritiene piuttosto che le Regole siano state e siano da considerarsi enti, persone giuridiche pubbliche...quindi dovrebbero quali altre associazioni agrarie oggi esistenti uniformarsi alle norme della legge di riordinamento degli usi civici che è quella della disciplina di tutte queste forme *anomale* [il corsivo è nostro] di promiscuo godimento delle terre (art. 1 e 25 ultima parte legge citata e 58, 59 e 61 regolamento» (25).

Si assiste all'eterno ritorno del discorso regnoliano sull'anomalia, un discorso vecchio che segnala il permanere d'una ferma indisponibilità a vedere con altri e più appropriati occhiali. L'occhiale per il giudice italiano è uno e uno soltanto. E continua l'incasellamento pubblicistico, che era stata la grande scelta della legge del 1927.

Quest'ultimo è un punto di grosso rilievo sia sotto il profilo storico-giuridico sia sotto quello unicamente tecnico, e vi ritornerò fra breve dopo aver fatto cenno al secondo esempio d'incompren-

---

Trebeschi, *Comunioni familiari montane*, cit., p. 227 ss. (i passi qui riportati sono a p. 231-32).

(24) *Ibidem.*

(25) *Ibidem.*

sione culturale, che mi pare utile esaminare accanto alla sentenza Raffaglio. Questo esempio è il Decreto legislativo 3 maggio 1948, n. 1104 (Disposizioni riguardanti le Regole della Magnifica Comunità Cadorina), secondo il quale «alle Regole della Magnifica Comunità Cadorina costituite a norma degli antichi laudi e statuti, è riconosciuta la personalità giuridica di diritto pubblico ai fini della conservazione e del miglioramento dei beni silvo-pastorali pertinenti alle medesime, della gestione e godimento delle pertinenze dei beni stessi e dell'amministrazione dei proventi che ne derivano» ([26]).

Il legislatore repubblicano fa propria senza esitazioni la stessa scelta di quello fascista e proietta autoritativamente le Regole cadorine fra le figure giuridiche di diritto pubblico. Su questa scelta conviene ora soffermarsi un momento per una non dilazionabile riflessione. Il problema, che era emerso chiaro già dalle posizioni del Comune di Cortina e delle Regole ampezzane nel giudizio di fronte al Commissario per gli usi civici di Trento, Bolzano e Belluno, ridotto all'osso, consiste nell'incasellamento delle Regole in uno dei due territorii dell'ordine giuridico italiano, il pubblico o il privato; territorii pensati come divisi da confini assai netti. Se infatti l'inserimento nel 'pubblico' è la richiesta ovvia del Comune, Bolla non è da meno chiedendo per le Regole il riconoscimento della loro natura privatistica come proprietà comune di consorti coeredi. Anche se tatticamente una simile richiesta è comprensibile nell'economia della controversia, perché serviva — nella sua semplicità — a disincagliare gli assetti collettivi dall'abbraccio soffocante della legge del '27 (che era il primo e vero obbiettivo da raggiungere ad ogni costo), lo storico del diritto non può non elevare le sue più ferme riserve sull'applicazione agli assetti proprietarii collettivi dell'arco alpino (e, in genere, alle varie forme di proprietà collettiva) della dicotomia pubblico-privato. Del resto, già sul piano dello stretto diritto positivo, un intelligente amministrativista come Umberto Pototschnig, prendendo in esame la struttura giuridica delle Regole cadorine appena pochi anni dopo il d.l. del '48, non mancava di dichiarare la

([26]) Così è stabilito nell'art. 1. Il testo del D.L. può essere consultato in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 46 ss.

propria insoddisfazione di fronte all'inquadramento operato e preferiva parlare di enti privati di interesse pubblico (27).

Le ragioni delle sopradette riserve sono presto dette. La bipartizione in 'pubblico' e 'privato' come dimensioni nette e definite presuppone una retrostante concezione di fondo che attribuisca, da un lato, rigorosa autonomia all'individuo e alla sua sfera, e, dall'altro, identifichi il sociale-politico nel macrosociale-politico sino a colorirlo di assolutezza e farne una entità forte, la più forte possibile; implica le due posizioni opposte dell'individuo e dello Stato, anche se l'uno all'altro legati in quel segreto sposalizio che rende simbiotiche e vicendevolmente in mutuo scambio le loro forze, com'è per il mondo giuridico-politico ulpianeo (al momento, cioè, del primo conio fortunatissimo della dicotomia) e com'è per il mondo politico-giuridico della ragion borghese (altro momento di straordinaria fortuna per la stessa dicotomia).

Gli assetti proprietari collettivi, invece, almeno quelli che si strutturano pienamente in autentiche proprietà collettive, sono reliquie di una civiltà socio-politica contrassegnata dalla assenza di realtà statuali e, al contrario, dalla efflorescenza vitale di società intermedie. Senza volersi immettere in un rischiosissimo e ingenuo discorso di origini, certamente i nostri assetti sono l'espressione di una società politicamente primordiale, connotata da un intenso particolarismo e politicamente assai rarefatta, dove protagonista è il gruppo e dove Stato e individuo sono astrazioni irrealizzate e irrealizzabili. In questo mondo giuridico, se v'è un canone di misura inidoneo, è proprio quello della dicotomia pubblico-privato (28), per la semplice ragione che la comunità intermedia è sempre e comunque una sintesi delle due dimensioni, che in essa si compongono e si mescolano fino a perdere i tratti rispettivamente connotanti. Defi-

---

(27) U. POTOTSCHNIG, *Le regole della Magnifica Comunità Cadorina*, Milano, Vita e Pensiero, 1953, p. 8 ss.

(28) Un giurista, che ebbe sguardo assai penetrante anche verso la storia degli assetti proprietari collettivi, Oreste Ranelletti, in un saggio non dimenticabile di quasi cento anni fa (non dimenticabile perché provvisto di molte cautele culturali, come si dirà più sotto alla nota 82), ammoniva — dietro il suo prediletto Gierke: «il diritto non era né pubblico né privato, era uno solo e di una sola maniera» (cfr. O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico - Teoria*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXV (1898), p. 224).

nire gli assetti collettivi quali persone giuridiche di diritto pubblico, come vorrebbe il Decreto legislativo del 1948, significa pertanto porre in essere una veste giuridica antistorica e, come tale, inidonea ed innaturale alla più gran parte delle situazioni di appartenenza collettiva. Significa compiere l'ennesimo atto di incomprensione e di indisponibilità. Ma — si sa — il legislatore italiano è, verso gli assetti collettivi, come donna Prassede di manzoniana memoria, alla quale «accadeva di non vedere nel fatto ciò che c'era di reale, o di vederci ciò che non c'era» ([29]).

4. Fu circostanza fortunata che alcune Regole cadorine affidassero le sorti d'una loro vicenda giudiziaria contro il Comune di S. Stefano di Cadore a Giangastone Bolla, un avvocato fiorentino di cui abbiamo anticipato uno spezzone di operosità trattando della futura grossa controversia di fronte al Commissario Raffaglio. Egli era il personaggio adatto non soltanto per riuscire vittoriosi nella lite specifica, ma altresì per fare di questa e altre liti consimili il momento d'avvio per proiettare tutto il problema degli assetti proprietarii collettivi su un più generale piano dottrinale e di politica legislativa.

Bolla era infatti uno di quei rari giuristi in cui ricerca scientifica e insegnamento — quali funzioni connesse all'esercizio della cattedra universitaria ([30]) — si armonizzavano perfettamente con una professione forense di altissimo rango. Nella sua precedente esperienza il problema del credito agrario stava a dimostrarlo: percepito dapprima al solo livello operativo, era stato via via fatto salire di piano sino a divenire un problema scientifico e acquisire anche una sua precisa dimensione teorica. Come ho già altrove puntualizzato ([31]), lo studio professionale di Bolla — nel solco di una tradizione propria a molti giuristi fiorentini dell'Ottocento — è l'officina dove convivono e si arricchiscono vicendevolmente l'avvocato, lo scienziato, il politico del diritto, ma dove spetta sicuramente al mestiere

---

([29]) A. MANZONI, *I promessi sposi*, cap. XXV.

([30]) Bolla era dal 1933 professore ordinario di Diritto agrario nella Università di Firenze.

([31]) P. GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 216 ss.

forense vissuto sensibilmente un ruolo sollecitatore di rara intensità.

Se si pensa che il diritto agrario di Bolla si affermava innanzi tutto come diritto vivente, e come diritto vivente reclamava la sua autonomia rispetto allo splendido ma freddo museo statuario del diritto civile affermando quale sua fonte non secondaria la consuetudine generalmente tanto avvilita nei sistemi codificati; se si pensa che un siffatto diritto agrario non poteva non palesarsi gremito di storicità, tanto che — nella prospettiva del maestro fiorentino — l'analisi storico-giuridica veniva ad avere una degnità epistemologica di primario rilievo ([32]); si capisce perfettamente che l'avvocato-scienziato fosse conquistato dai vegeti fossili viventi degli assetti collettivi alpini, dalla loro immemorabile sostanza consuetudinaria e, cominciando con decisione la sua lunga duplice battaglia giudiziaria e dottrinale, la interpretasse come una battaglia per l'affermazione del proprio programma scientifico.

Nel tragico anno 1943 compaiono i primi segni di questa armonica azione congiunta: le memorie defensionali a stampa per le Regole cadorine ([33]), e, come abbiam già detto, il primo saggio scientifico (il primo di una lunga serie) «Per la tutela e la organizzazione della proprietà collettiva dei territorii alpini ed in specie del Cadore», che egli pubblica — in una prima e monca puntata — sull'ultimo fascicolo del suo foglio prediletto, lo «Archivio 'Vittorio Scialoja'» ([34]), prediletto per il fortissimo contenuto programmatico che il fondatore-direttore gli aveva conferito. In questo stesso fascicolo dell'*Archivio*, nella rubrica 'Documenti per la storia giuridica dell'agricoltura', si avvia quella che, nella mente di Bolla, avrebbe dovuto essere una folta raccolta di 'laudi', cioè di statuti autonomi, delle Regole cadorine, con la pubblicazione del Laudo di S. Stefano e Casada del 1444 e del Progetto di Laudo di S. Stefano e Casada del

---

([32]) P. GROSSI, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, in *Rivista di diritto agrario*, LI (1972) (Scritti per il cinquantennio della Rivista dedicati alla memoria di Giangastone Bolla), p. 35 ss.

([33]) R. Corte d'Appello di Roma (sezione usi civici) in replica al Comune di S. Stefano (appellante) per le Regole frazioni di S. Stefano di Cadore, di Campolongo, di Casada e di Costalissoio, Firenze, tip. Coppini, 1943; R. Corte d'Appello di Roma (sezione usi civici) — Comparsa integrativa di Campolongo, di Casada e di Costalissoio, Firenze, tip. Coppini, 1943.

([34]) Vedine la citazione esatta a nota 17.

1795; guarda caso, proprio i laudi delle Regole che, contemporaneamente, l'avvocato Bolla stava difendendo presso le Sezioni Usi civici della Corte d'Appello di Roma.

L'armamentario metodologico, che abbiamo visto svilupparsi più tardi davanti al Commissario Raffaglio, è già qui perfettamente presente: gli storici del diritto (Pertile, Schupfer, Salvioli, Bognetti, Solmi) la fan da padroni con l'economista Ghino Valenti, con i linguisti Battisti e Serra; di quest'ultimo, un saggio toponomastico sulla continuità nel medio evo delle comunità rurali romane e pre-romane ([35]) fornisce a Bolla un ulteriore prezioso argomento per fondare la convinzione che tutti questi assetti collettivi alpini nascevano dal grembo di una remota coinè europea.

Van sottolineati due punti: Bolla non cade e non cadrà mai nel tranello pseudo-culturale di voler caratterizzare troppo specificamente le origini di queste comunità (come si vedrà, tra breve, fare dai molti che parlan senza mezzi termini di *condominium iuris germanici* ([36])), anzi tende e tenderà sempre a coglierle come frutti di un cumulo di circostanze strutturali e antropologiche comuni a una civiltà autenticamente europea; comunque, Bolla ritiene un'assurdità metodologica guardare a questi assetti con gli occhiali deformanti della legislazione del Regno d'Italia: quella legislazione non li concerne.

Ma non basta: Bolla, nel primo smilzo volume — che appare dopo la catastrofe bellica e il crollo del regime fascista — dell'altro foglio di sua creazione, la 'Rivista di diritto agrario', riprende con vigore un tema su cui aveva tanto insistito in passato, quello della raccolta delle consuetudini agrarie ([37]), che ai suoi occhi era

---

([35]) Ci riferiamo al saggio di Giandomenico SERRA, *Contributo toponomastico alla teoria della continuità nel medioevo delle comunità rurali romane e preromane dell'Italia superiore*, Cluj, Cartae Românească, 1931. È notabile come questo saggio — appartato, lontano dal campo specifico del giurista, stampato in Romania — facesse parte degli strumenti di lavoro di Bolla. Per una precisa utilizzazione dei risultati delle ricerche glottologiche nel campo della storia delle proprietà collettive e degli usi civici, nonché per una specifica utilizzazione del saggio di Serra, cfr. G.P. BOGNETTI, *Ascua et pascua*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, cit.

([36]) Cfr. più avanti, tutto il § 7.

([37]) Era stata l'oggetto di una sua vecchia proposta, nel 1924, alla Accademia dei Georgofili (cfr. G.G. BOLLA, *La raccolta nazionale delle consuetudini agrarie* (1924), ora

destinato ad assurgere a una sorta di *corpus* di diritto vivente. Nella pagina introduttiva c'è traccia di una polemica con l'antico Guardasigilli fascista Alfredo Rocco, che conviene leggere con attenzione perché conferma e vieppiù motiva il suo atteggiamento metodologico di fondo (38). Bolla aveva trangugiato male il discorso che il Ministro aveva tenuto insediando, nel 1930, la Commissione reale per la raccolta delle consuetudini; l'aveva trangugiato male soprattutto in quella parte in cui Rocco dichiarava sembrargli «contraddittorio nel presente periodo della vita italiana, che è contrassegnata indubbiamente dal rifiorire della idea dello Stato, esaltare l'idea dello Stato e al tempo stesso proclamare che esso divida con altre organizzazioni e con altre forze sociali l'attributo essenziale della sua sovranità, l'esercizio della funzione legislativa» (39).

Discorso miope e rozzo, indegno di un giurista fine e colto quale Alfredo Rocco fu, certamente discorso ufficiale e di regime. Replica Bolla: «Questa impostazione evidentemente non teneva conto del carattere tradizionale del diritto agrario, il quale è un aspetto di quel «diritto dei privati, che i privati stessi creano per regolare determinati rapporti in mancanza o nella insufficienza della legge statuale» (Cesarini-Sforza); è un diritto di organizzazioni collettive preesistenti allo Stato, sviluppatosi in modo autonomo *iuxta propria principia* (Del Vecchio). Ma essa poi è nettamente capovolta nella nuova Costituzione italiana, la quale conferisce alla 'Regione', entro i limiti dei principii generali dell'ordinamento dello Stato, competenza normativa specifica in materia agraria. Lo Stato democratico, cioè, vuole che accanto all'aggregato statuale, altre forze sociali e gruppi minori producano diritto per disciplinare i propri interessi secondo un apprezzamento locale e decentrato» (40).

Contro l'esponente d'un regime autoritario e portatore d'una

---

in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 195 ss.). Da allora sarà un tema costantemente presente alla sua vigilanza scientifica.

(38) G.G. Bolla, *Consuetudini agrarie e necessità di procedere ulteriormente alla loro raccolta*, in *Rivista di diritto agrario*, XXIII-XXVI (1944-47), p. 101 ss.

(39) Le parole di Rocco sono riportate da Bolla, op. ult. cit., p. 102.

(40) Loc. ult. cit.

visione assolutistica nella produzione giuridica, Bolla riscopre e motiva le venature più riposte del suo pluralismo giuridico: il diritto agrario — fenomeno per eccellenza consuetudinario, scritto nella natura delle cose più che nell'arbitrio degli uomini — preesiste allo Stato ed è il prodotto di forze spontanee che agiscono in un àmbito di sostanziale autonomia. I filosofi soccorrono a fondare questa alterità, soprattutto Cesarini-Sforza con la sua recente riflessione teorica sul 'diritto dei privati' (41). E vi soccorre la Carta costituzionale novissima della nuova realtà istituzionale italiana, dove il solidarismo cattolico è riuscito a scrivere tra i principii fondamentali la legittimazione piena delle formazioni sociali.

Questa affermazione di pluralismo giuridico, entro cui salvaguardare dalle ingerenze statuali la genuinità di ogni fenomeno consuetudinario agro-forestale, è rilevante: sarà infatti con una disponibilità autenticamente pluralistica che si dovrà guardare a quei fenomeni consuetudinari particolari che sono le Regole dell'arco alpino, fenomeni — più che extra-legislativi — extra-statuali, perché solo un occhiale pluralistico sarà in grado di comprenderli e rispettarli.

Negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale l'opera di Bolla si fa intensissima e il nemico da abbattere appare sempre di più «quell'accentramento legislativo che tende ad imporre *leggi uniche* a situazioni diverse, a negare forme storiche di *autonomia locale e di gruppi* che attraverso il lavoro e l'esperienza di secoli, forse di millenni, hanno acquistato il diritto di regolar da sé i propri interessi mediante istituti che sono fondamentali per la vita sociale e l'economia di importanti regioni» (42). Si tratterà di corpose memorie redatte per conto degli amici regolieri e rivolte ai nuovi governanti democratici, autentiche riflessioni dottrinali più che scritti di parte (43); si tratterà di interventi in manifestazioni con-

(41) Il saggio di Widar Cesarini-Sforza appare, nella sua prima edizione, nel 1929.

(42) G.G. BOLLA, *Le comunioni familiari ereditarie dei territori alpini e la legge 16 giugno 1927 sul riordinamento degli usi civici* (1947), ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 502.

(43) Di singolare rilievo è la seguente, che rappresenta la prima compiuta silloge del pensiero di Bolla in proposito: *Per la tutela della proprietà comune 'regoliera' del Cadore*, Firenze, tip. Coppini, 1945.

gressuali (44) o in seno alla Accademia dei Georgofili sempre comprensiva per le sue iniziative (45).

Nel convegno bellunese del settembre 1946 sul miglioramento dell'economia montana, dopo avere apertamente protestato contro le «conseguenze lesive ed incongrue» (46) della legge del 1927, non esita a riannodarsi nelle conclusioni alle meditazioni di quegli studiosi che, per primi, nel secolo XIX, dando scandalo ai benpensanti, parlaron di forme alternative di proprietà. Dice Bolla, facendo il punto sulla riflessione ed azione culturale fino a quel momento: «L'indagine lunga e non sempre facile condotta sulle fonti del diritto popolare cadorino — lo Statuto del Cadore ed i Laudi — ha proceduto con metodo positivo e induttivo. Ed all'osservazione dei fatti eseguita nel Comelico, nello Ampezzano, e per ragioni di controllo nel Trentino, in Alto Adige, altrove, si è aggiunta un'operazione di collegamento organico dei fatti simili, ed una loro valutazione anche sotto l'aspetto economico oltre che storico e giuridico. Considerando così i fatti esterni, oltre che interni, dai quali sorge il diritto delle genti del Cadore, è possibile stabilire in modo certo che, nella specie, non si tratta di usi o di abusi,

---

(44) *La proprietà Regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, in *Atti del convegno regionale veneto per il miglioramento dell'economia montana* — Belluno 7-8 settembre 1946, cit.

(45) Nel 1946, a Firenze, il Congresso nazionale della montagna e del bosco aveva espresso il voto che fosse affidato alla Accademia il compito di trarre spunto dalle discussioni congressuali per formulare proposte concrete al Governo. L'Accademia costituì una Commissione, di cui faceva parte Bolla. Fra le 'Proposte di provvedimenti a favore della montagna' c'è questa specifica sul nostro tema (prop. III-c): «riparando ad una lacuna delle vigenti leggi sugli usi civici, converrebbe, inoltre, riconoscere la giuridica esistenza delle tradizionali associazioni di fatto, comunque denominate, composte di determinate famiglie riconosciute titolari della proprietà dei beni aviti, in comune godimento delle famiglie stesse. A tali associazioni dovrebbe essere permesso di continuare ad amministrare ed a godere i rispettivi beni in conformità de' propri statuti...Questo riconoscimento dovrebbe poter essere ottenuto anche indipendentemente da preesistenti sentenze passate in giudicato» (le proposte sono riportate in una memoria letta nell'adunanza del 23 novembre 1947 dal Vicepresidente Angelo CAMPARINI, *Le proposte relative ai provvedimenti a favore della montagna elaborate dalla Commissione nominata dall'Accademia*, in *I Georgofili-Atti della Accademia dei Georgofili*, s. VI, XI (1948). Non è chi non veda la mano di Bolla almeno in questa particolare proposta; e dell'avvocato Bolla nell'ultima cautela inserita in calce e che testimonia la preoccupazione dell'operatore del diritto.

(46) *La proprietà Regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, cit., p. 170.

di privilegi o di usurpazioni, ma di un modo di possedere le terre, di un regime insostituibile di godimento del suolo che è impossibile modificare senza distruggere insieme anche un'economia locale più che millenaria» (47).

Vengono a mente Ghino Valenti, Zucconi, Tittoni che battevano l'Appennino marchigiano o la campagna della Tuscia per constatare induttivamente sul campo — come oggi aman dire i sociologi — l'estensione, la strutturazione, il grado di incidenza dei dominii collettivi; facendo parlar le cose, dopo che troppe volte il legislatore aveva detto la sua senza alcuna nozione certa di ciò che andava a violentare, forte soltanto delle proprie incancellabili prevenzioni. È a questi grandi esploratori che idealmente si rifà Bolla. Si noti: anche se Carlo Cattaneo non è qui espressamente citato, il frasario e il *cursus* solenni e sentiti richiamano le espressioni cattaneane sugli assetti collettivi della pianura ticinese di Magadino e quel suo suggestivo e incisivo insistere sulla *alterità* del pianeta giuridico-sociale 'proprietà collettiva' rispetto alla ufficialità circostante (48).

5. Giangastone Bolla, avvocato, organizzatore di grosso talento, era pure singolarmente vocato alla organizzazione del consenso. I suoi interventi, anche se intessuti di un notevole spessore teorico, si chiudono però sempre in una proiezione operativa, con un 'ordine del giorno' e un 'voto' rivolti a politici, ad amministratori locali se non addirittura allo stesso Governo centrale e allo stesso Parlamento nazionale. Così è nel Convegno bellunese sulla economia montana, dove Bolla sembra voler profittare della presenza del Ministro per l'Agricoltura e le Foreste Antonio Segni (49); così è nel convegno udinese della Associazione agraria friulana, del 1948, dove interlocutori sono i futuri enti regionali previsti dalla Costituzione (50); così è per il lungo

---

(47) *Ibidem*, pp. 170-71.

(48) Per il 'passo' di Cattaneo, tutto incentrato su «un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli fino a noi», cfr. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 35.

(49) BOLLA, *La proprietà Regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, cit., pp. 182-83.

(50) *Per la tutela e il progresso della proprietà comune dei montanari nel quadro della Costituzione italiana*, cit. Scrive Bolla nella parte finale, propositiva: «Si assumano sostanzialmente i seguenti criterii specie negli Statuti regionali - Autonomia della

saggio del 1951 a cui Bolla affida il proprio definitivo messaggio scientifico e che, — quasi per sottolineare la dimensione prevalentemente dottrinale — pubblica sullo 'Archivio per l'Alto Adige', la Rivista che l'amico glottologo Carlo Battisti dirige e stampa a Firenze ([51]). Qui il destinatario dell'apostrofe finale è il legislatore italiano impegnato nell'approntamento di una nuova legge per la montagna e che è chiamato a inserire nel condendo testo normativo «una formula» che colmi le passate lacune, elimini i passati fraintendimenti separando nettamente terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi, cancelli le passate inique violenze legali. Bolla fa qualcosa di più: confeziona la formula e la propone in ogni dettaglio. È la formula, che sarebbe diventata — di lì a poco — l'art. 34 della legge 25 luglio 1952 n. 991, la cosiddetta prima legge per la montagna.

Certamente, in quegli anni del secondo dopoguerra, diverse forze concorsero a che si arrivasse — faticosamente — a quel risultato, ma è indubbio che un nesso funzionale lega l'art. 34 all'insistente, infaticabile scavo di Bolla, che riuscì a invertire la direzione del legislatore e capovolgere un atteggiamento che pareva radicatissimo; che riuscì però, prima di tutto, a creare una diversa coscienza — più cólta, più disponibile — sulle disprezzate — ma troppo spesso disprezzate perché ignorate — proprietà collettive.

Compariamo i due testi. Recita così la formula di Bolla: «Le comunioni familiari delle regioni di montagna nell'esercizio dell'industria agro-silvo-pastorale continuano a godere ed amministrare i loro beni aviti in conformità dei rispettivi Statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore sotto cui sorsero» ([52]). Recita l'art. 34 (Comunioni familiari): «Nessuna innovazione è operata in fatto

---

proprietà comune dei montanari in conformità della sua destinazione privata e dei suoi interessi che attengono alla produzione, al lavoro, al popolamento montano - Rinvio espresso della legge agli ordinamenti consuetudinari che regolano la proprietà comune dei montanari analogamente a quanto ad es. dispone il codice civile per le comunioni coloniche (articolo 2140 c.c.) - Potenziamento della proprietà comune... - Facoltà di estendere l'istituto della proprietà comune su terre degli enti pubblici» (vedi oggi la citazione in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 561).

([51]) *Terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi regolate dal laudo*, in *Archivio per l'Alto Adige*, XLIV (1951), ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 599 ss. Bolla faceva parte dello stesso Comitato di redazione dello 'Archivio per l'Alto Adige'.

([52]) Vedila in *Terre civiche e proprietà comuni*, cit., p. 633.

di comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale; dette comunioni continuano a godere e ad amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore».

Non è soltanto la formula legislativa che segnala chiaramente il calco su cui si era modellata (53), non è soltanto la voce stessa di Bolla che menerà — qualche anno dopo — vanto della cosa e avrà cura di far rilevare l'appropriazione da parte del legislatore (54); non è soltanto il riconoscimento che gli tributerà il futuro legislatore della seconda legge per la montagna, la legge 3 dicembre 1971 n. 1102 (55); è soprattutto il patrimonio ideale di Bolla che diventa il contenuto sanguigno della nuova legge, raro esempio di penetrazione della scienza giuridica entro la cittadella murata del legislatore. Forse era la prima volta che una legge dello Stato italiano prendeva atto dell'esistenza di un *altro* diritto consuetudinario concorrente allo Stato ed a quello rinviava per la disciplina degli assetti proprietarii collettivi. Era la prima vistosa incrinatura che si verificava nell'impermeabile assolutismo giuridico del legislatore italiano (56).

6. Continuando la linea di discorso fin qui tenuta e mantenendo lo stesso angolo d'osservazione, è doveroso dar breve conto di alcuni giudicati che mostrano con chiarezza i segni di una nuova

---

(53) O quanto si dice negli stessi lavori preparatorii della legge e, in particolare, nella stessa Relazione del Ministro Fanfani, dove — financo nelle citazioni bibliografiche e nella invocazione di antichi mentori — è palese l'influsso di Bolla (cfr. i testi raccolti in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 56 ss.).

(54) *Criteri d'interpretazione e di applicazione dell'art. 34 della legge 25 luglio 1952, n. 991 in favore dei territori montani*, ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 850, nota I.

(55) Cfr. quanto si dice nella Relazione della Commissione agricoltura, al Senato, dove si tiene a «ricordare l'opera appassionata svolta per decenni in difesa delle istituzioni particolari dell'arco alpino da un insigne studioso testé defunto, Giangastone Bolla, che seppe restituire alle popolazioni piena consapevolezza e fiducia in questa partecipazione collettiva all'economia silvo-pastorale» (vedila riportata in *Comunioni familiari montane*, cit., p 68).

(56) Per i fini di questo saggio conviene arrestarsi qui. Chi volesse saperne di più sullo sviluppo della legislazione nazionale e regionale può ricorrere a E.ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1986, una 'voce' assai chiara ed informata.

sensibilità anche sul terreno della giurisprudenza pratica: una sentenza del 1964 della sezione IV del Consiglio di Stato (57) a proposito delle Regole cadorine e una del '67 della Corte d'Appello di Roma - Sezione usi civici (58) a proposito della Regola Feudale di Predazzo.

Il problema affrontato dalla prima riguardava il grado di incidenza che sulla struttura giuridica delle Regole Cadorine aveva avuto il D.L. del 1948 con la sua forzosa riconduzione a persona giuridica di diritto pubblico: «prima dell'entrata in vigore del D.L. 3 maggio 1948, n. 1104, era pacifica opinione che le Regole sorte come associazioni di valligiani sulla base del vincolo agnatizio, costituissero delle corporazioni, i cui membri godevano in comunione (*condominium iuris germanici*, o 'a mani riunite') i beni dei quali avevano preso possesso *ab antiquo*, definendone con 'laudo' le modalità d'uso comune». E dopo? Risponde il Consiglio che «i regolieri conservano tuttora la proprietà comune» e «ben possono agire a tutela della stessa che, *iure germanico*, non è comproprietà per quote ideali, ma comproprietà solidale» (59).

Nel secondo giudicato la Corte d'Appello di Roma, chiamata a riformare la sentenza del 15 settembre 1941 del Commissario per gli usi civici delle provincie di Trento e Bolzano con la quale si definiva la Regola Feudale di Predazzo una associazione agraria e a individuare la reale sua natura giuridica, conclude che «la Regola non è un'associazione agraria, ma una vera comunione privata, i cui partecipanti hanno in comune la proprietà delle terre di cui trattasi», e aggiunge: «le antiche Regole proprie del Trentino-Alto Adige e del Cadore (ed estese anche in Svizzera) traggono le loro origini dal diritto germanico e sono sorte per lo più come ristrette associazioni di valligiani di regola imperniate nel vincolo agnatizio, in base a titoli particolari di occupazione e concessione di beni per lo più feudali e hanno mantenuto nel tempo il carattere di corporazione tra appartenenti alle famiglie degli originari regolieri. I partecipanti godevano in comunione quei

---

(57) Consiglio di Stato - sezione IV, 22 gennaio 1964, n. 10 (vedila in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 352 ss.).

(58) Corte d'Appello di Roma - sezione usi civici, 10 ottobre 1967 (vedila in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 388 ss.).

(59) Vedi i testi in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 353.

beni secondo il principio del *condominium iuris germanici* e *a mani riunite*, per il quale manca il concetto di quota di comproprietà della comunione tramandata dal diritto romano e il diritto sulla cosa appartiene all'intera comunità dei partecipanti» (60).

Per quanto ne so, è la prima volta che — con questa puntigliosa precisione (61) — ci si riferisce nella giurisprudenza italiana al *condominium iuris germanici* e allo *ius germanicum*. Sulla sostanza di questo singolare riferimento e sui problemi metodologici che, sul piano storico-giuridico, viene ad implicare ci si diffonderà fra breve. Ora, preme di sottolineare la percezione — affiorante alla sensibilità dei giudici — che la vita giuridica delle Regole cadorine e altoatesine non scorre nello stesso alveo della generalità della vita giuridica italiana, che esse stanno *al di là*, dove vigono principii e valori giuridici diversi.

Questa *alterità* di atteggiamenti di vita e di cultura fondamentale viene rozzamente e riduttivamente individuata nell'universo giuridico germanico, ma è rilevante la percezione sicura che l'ordine giuridico che si dispiega nel territorio della Repubblica italiana non coincide col diritto ufficiale né tanto meno col diritto legislativamente imposto dagli organi centrali. L'esperienza giuridica, al contrario di quella politica, è una realtà plurale, che costumi e culture diverse contribuiscono a rendere variegata, e che l'interprete — se vuol corrispondere al suo cómpito — ha il dovere di rilevare nella

---

(60) Vedi i testi in *Comunioni familiari montane*, cit., pp. 391-292. Almeno nella nostra ottica, non risulta gran che utile la lettura né delle motivazioni del Pubblico Ministero Antonio Palermo (cfr. A. PALERMO, *Natura giuridica della Regola feudale di Predazzo*, in *Rivista di diritto agrario*, XLVII (1968), II, p. 57), né della annotazione prontamente fatta alla sentenza da un Bolla sempre vigile ma ormai stanco e ripetitivo (cfr. G.G. BOLLA, *Inapplicabilità della legge 16 giugno 1927, n. 1766 alla proprietà regoliera*, in *Rivista di diritto agrario*, XLVIII (1969), II, p. 3).

(61) In precedenza, i riferimenti, se c'erano stati, erano stati abbastanza occasionali e distratti, e magari dubbiamente utilizzati per qualificare fattispecie di altra indole (come nella controversia celeberrima fra il Comune di Roma e il Principe Borghese circa il diritto d'uso pubblico del popolo romano sulla Villa Borghese, in cui la Cassazione di Roma, nella sua sentenza in data 8 marzo 1887, per la qualificazione di un «uso pubblico che si sovrappone alla proprietà privata», fattispecie singolare e complessa, parla espressamente di *condominium iuris germanici*); vi accenna ampiamente CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., p. 169 ss., particolarmente p. 174).

sua varietà senza artificiose forzature; perché quella varietà attiene alla natura stessa dell'esperienza.

7. Nei due giudicati del Consiglio di Stato e della Corte d'Appello di Roma compare un ospite singolare per le elaborazioni della prassi giudiziaria italiana: il 'condominium iuris germanici'. E qui conviene fare una sosta per togliere equivoci al nostro discorso, renderci esattamente conto con quale strumento storico-giuridico e tecnico-giuridico abbiamo a che fare, e misurarne spassionatamente il suo rilievo su diversi piani. In un mio precedente lavoro parlai senza mezzi termini di «figura fantomatica» (62), una immagine che è ripresa nella intitolazione di questo paragrafo dove però si parla di un fantasma dalla benefica influenza. E poiché il savio lettore sa che i fantasmi sono inesistenti e inefficaci nel bene e nel male, converrà tentare un chiarimento definitivo, che non fu dato nemmeno nel mio volume del 1977 perché estraneo all'economia di quella ricerca.

Di *condominium iuris germanici* si parla sparsamente dal Seicento in poi, da parte di autori tedeschi, ma è soltanto con il grande germanista ottocentesco Georg Beseler (63) che la figura si delinea compiutamente. Beseler ne adopera il concetto già nel 1835 nella monografia sugli *Erbverträge* (64) fissandolo qualche anno dopo nel suo pensatissimo manifesto programmatico 'Volksrecht und Juri-

(62) GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 385. Decise riserve sull'uso disinvolto e acritico di un simile schema interpretativo sono anche nelle pagine di uno dei più agguerriti conoscitori — fra gli storici del diritto — della vicenda medievale e moderna della proprietà fondiaria in Italia, Guido Astuti (cfr. G. ASTUTI, *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia* (1954) ora in G.A., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., p. 1169 ss.). Aderisce a queste riserve, in un recentissimo intervento, PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, cit., soprattutto p. 511 ss.

(63) Su Georg Beseler, una delle più significative presenze della scienza giuridica tedesca del sec. XIX, si può ora leggere con profitto il volume di B.-R. KERN, *Georg Beseler-Leben und Werk*, Berlin, Dunker u. Humblot, 1982, ricchissimo di dati interessanti sulla biografia e sulle singole opere.

(64) Georg BESELER, *Die Lehre von den Erbverträgen-I-Die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte*, Göttingen, Dieterich, 1835, p. 69 ss. (ma soprattutto p. 87). Su questa opera assai significativa nella biografia intellettuale di Georg Beseler cfr. quando dice KERN, *Georg Beseler*, cit., p. 304 ss.

stenrecht' del '43 (65) e facendone una delle colonne portanti del 'System des gemeinen deutschen Privatrechts' la cui prima edizione è del '47 (66).

L'istituto del *Gesammteigenthum*, così come lo delinea Beseler, appare dotato di una spiccatissima *Eigenthümlichkeit*, con dei tratti tipici che sono sicuramente e saldamente *deutsch*, anzi — per meglio dire — *urdeutsch*. Esso, armonizzazione somma fra i *Sonderrechte* all'interno della *Genossenschaft* e la *Gesammtheit* (67), trova la sua motivazione ultima, antropologica, nella concezione originale che il diritto germanico ha della *Genossenschaft*, della sua essenza e del suo significato (68). A differenza del diritto romano, troppo compromesso dalle istanze individualistiche che lo percorrono, che risolve il problema della *communio* con lo schematismo di due soluzioni antitetiche nella loro povertà e rigidità, la *universitas* e la *communio pro indiviso*, la persona giuridica e il condominio, si deve alle intuizioni della civiltà giuridica germanica se lo *Associationswesen* è stato percepito in tutta la sua ricchezza e duttilità, dandone un'immagine assai plastica che rifugge dal costringere l'associazione in categorie troppo strette e inidonee a valorizzare il complesso tessuto di vita sociale al suo interno esistente (69). A ragione, dunque, il

---

(65) Georg BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, pp. 193-94. Sul valore programmatico dell'opera insiste giustamente KERN, *Georg Beseler*, cit., p. 371 ss.

(66) Georg BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, I. Abth., Berlin, Weidmann, 1885[4], § 82 - Das Gesammteigenthum.

(67) «das Eigenthümliche besteht...darin, daß sich neben den Ansprüchen der Gesammtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Genossen darstellen, oder daß doch die Vereinigung das Recht der Einzelnen zu einer Gemeinschaft zusammenführt, für deren harmonische Bewegung und Leitung in der besonderen genossenschaftlichen Verfassung die entsprechenden Mittel gegeben sind. Der Inbegriff dieser Vermögensrechte in ihrer verschiedenartigen Zusammenstellung und Gestaltung nenne ich das *Gesammteigenthum*, welches also an und für sich ein weiterBegriff ist, und erst durch die Beschaffenheit der einzelnen Genossenchaft..., in der es sich findet, seine nähere Bestimmung erhält» (*Volksrecht und Juristenrecht*, cit., pp. 193-94).

(68) Il principio del *Gesammteigenthum* «vor Allem auf eine Verständigung über das Wesen und die Bedeutung der Genossenschaft ankommt» (*Ibidem*, nota *).

(69) «Die Verschiedenheit der Rechtsgrundsätze, welche nach dem römischen und deutschen Rechte für das Vereinswesen gelten, hat auch auf die Lehre vom Eigenthume eingewirkt. Indem nämlich das römische Recht weder für die *universitas*

Gesammteigenthum è perciò parte integrante del capitolo dedicato a 'Das Recht der Genossenschaft'.

In conclusione, diritto romano e diritto germanico come due universi contrapposti dominati da differentissimi *Rechtsgrundsätze*, fra i quali il *Gesammteigenthum* è uno dei segni più inconfondibili. Più che una creatura storica o un meccanismo tecnico Beseler aveva individuato e fabbricato — nel suo laboratorio germanistico — una insegna, un simbolo, un vessillo.

Come tale campeggia in quasi tutta la grande letteratura germanistica di metà Ottocento, sottoposto anche a sensibili variazioni ma serbando intatto il senso più intimo del proprio messaggio culturale. Ovviamente è al centro del *deutsche Genossenschaftsrecht* di Otto von Gierke (e più particolarmente del *deutsche Körperschaftsbegriff*) (70) fino ad arrivare intatto, con una grossa carica storica e dogmatica, in quello che è il maestoso epicedio della scienza giuridica germanistica, il *Deutsches Privatrecht* che Gierke redige ai primi di questo secolo ben dopo la promulgazione del mal sopportato BGB (71).

---

noch für die *communio* einer Modification seines strengen Eigenthumsbegriffes bedurfte, führt es denselben auch für diese Rechtsinstitute consequent durch, und kennt nur ein *patrimonium universitatis*, welches der Gesammtheit als juristichen Person ausschließlich zusteht, und ein *condominium*, bei welchem jeder einzelne Theilnehmer das volle Eigenthum nach bestimmten ideellen oder arithmetischen Theilen hat. Für das deutsche Recht reichen aber diese Kategorien nicht aus, um die bei dem gemeinsamen Eigenthum möglichen Vermögensverhältnisse zu bestimmen; das Associationswesen hat sich hier stärker erwiesen, als der bei den Römern in allen seinen Merkmalen festgehaltene Begriff des Eigenthums, und dieses dem höheren Princip dienstbar gemacht. Darauf beruht das deutsche Gesammteigenthum» (*System des gemeinen deutschen Privatrechts*, I, pp. 322-23).

(70) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, B.II - *Geschichte der deutschen Körperschaftsbegriff* (1873), Graz, Akad. Druck, 1954: mentre per i giuristi romani c'era «nur die Alternative eines Eigenthums der Gemeinde als iuristischer Person... und eines selbständigen *condominium pro indiviso*» (p. 329), nel diritto tedesco «war das genossenschaftliche Gesammteigenthum ein auf der Verbindung von Gesammteinheitsrecht und Gesammtvielheitsrecht beruhendes Rechtsverhältniß» (p. 332). Interessante, nella stessa pagina, il riferimento al concetto romano di persona come qualcosa di «*absolut*, untheilbar und nur auf sich selbst hingewiesen» e pertanto *unvereinbar* con le tante combinazioni sociali che il più plastico e disinvolto concetto germanico di persona consente.

(71) *Deutsches Privatrecht*, B. II, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1905. Il riferimento è alla seconda parte del 'Trattato' dedicata ai diritti reali; una terza parte sulle

L'importante delle pagine di quest'ultima opera gierkiana è la dichiarata coscienza del valore e della funzione squisitamente ideologici del principio; in un momento così tardo (l'opera appare a Lipsia nel 1905), Gierke può far qualcosa di più che riaffermarne l'orditura al centro del diritto tedesco; può anche guardarne e coglierne con un certo distacco genesi e motivazioni. All'aspro critico del BGB e dei suoi *Entwürfe* dal punto di vista della loro scarsa sensibilità sociale il *Gesamteigentum* appare prezioso proprio per quel suo contenuto di dirompente socialità, per il suo proporsi come situazione reale complessa in cui si realizzava il miracolo di una *innige Verflechtung* fra *Gemeinschaftsrechte* e *Sonderrechte* (72), di un contemperamento dei *Sonderrechte* senza una loro eccessiva frustrazione (73); ma appare anche il vessillo innalzato da una coorte di prodi germanisti sulla trincea del diritto tedesco nella guerra patriottica contro il diritto romano degli astratti Pandettisti (74).

Ecco la sua lucida ricostruzione 'storiografica', da cui emerge limpido il movente ideologico: dalla fine del Seicento, con prime applicazioni soprattutto nel campo delle comunioni patrimoniali fra coniugi, la scienza giuridica germanistica, da Justus Veracius in poi, «schuf den Begriff des 'Gesamteigentums', das sie als deutschrechtliche Form des gemeinschaftlichen Eigentums in Anspruch nahm und dem römischen Miteigentum gegenüberstellte» (75). E lo creò — questo principio — come segno d'un patrimonio tipico della propria civiltà giuridica, giacché si dimostrava che «das deutsche

---

obbligazioni uscirà nel 1917. Risale invece al 1895 il primo volume sulla parte generale e sul diritto delle persone.

(72) «Hatte die ursprüngliche germanische Eigentumsordnung auf einer innigen Verflechtung der Gemeinschaftsrechte und der Sonderrechte an Sachen beruht» (*Deutsches Privatrecht*, cit., B. II, p. 375).

(73) «das Gemeinschaftseigentum erschien als ein besonders geartetes Eigentum, in dem das Sondereigentum seine Schranke und seine Ergänzung fand» (*Ibidem*, p. 376).

(74) A Duncker, che nel 1843 aveva dedicato un volume interamente alla *Zerstörung des Gesamteigentums*, il rimprovero maggiore è che, a causa sua, «verfiel...der ganze Begriff dem Spotte der Romanisten» (*Ibidem*, p. 379). Al volume di Duncker, assai irritante per i germanisti, sarà interamente dedicato il saggio di Stobbe, *Miteigenthum und gesammte Hand* pubblicato sulla *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV (1864), saggio che vuol combattere la sua eccessiva *Einseitigkeit*, (vedi soprattutto la affermazione di p. 208.

(75) *Ibidem*, p. 377.

Recht einen selbständigen Begriff des Gemeinschaftseigentums besitzt, der nicht nur geschichtliche Bedeutung hat, sondern auch für die Dogmatik des geltenden Rechts fruchtbar gemacht werden muss» (76).

Costruzione affascinante pur con tutte le sue ambiguità, il *condominium iuris germanici* è più un'architettura progettuale dei germanisti ottocenteschi, certamente espressione egregia di intelligenza e fantasia nonché di singolari capacità speculative, che una creatura tipica del diritto tedesco vivente, frutto di questa o quella esperienza storica, assetto concreto della vita quotidiana in un certo tempo e in un certo luogo. È soprattutto l'invenzione provocatoria della politica del diritto dei germanisti per battere in breccia l'individualismo dei Pandettisti. Facendo mia la conclusione di una seria ricerca dedicata qualche anno fa da Karl Kroeschell al preteso *deutsche Eigentumsbegriff* (77), credo si possa affermare nettamente che non tanto di un istituto concreto del divenire storico si tratta, quando di «ein Stück der 'deutschen Rechtsidee'» (78), la tessera ben pensata e ben costruita di un grande mosaico ideologico.

Sul piano della storia ideologica della nazione tedesca siamo di fronte a una presenza reale, reale e rilevante; sul piano però dell'effettività storico-giuridica il *condominium iuris germanici* è un fantasma.

Questo lungo discorso sulla fantomatica figura non può però arrestarsi qui; abbisogna d'una indispensabile prosecuzione per esser compiuto. E una domanda si impone: dal nostro punto di vista, che è quello storico-giuridico e tecnico-giuridico, tutto si risolve in una semplice mistificazione, di cui prendere atto? E la vicenda del *condominium iuris germanici* si riduce a una brillante falsificazione, cui guardare oggi disattentamente come a una curiosità erudita? La coscienza del falso storiografico, la non-identificazione del nostro *condominium* con un istituto tipico del medioevo tedesco non può

(76) *Ibidem*, p. 380.

(77) K. KROESCHELL, *Zur Lehre vom «germanischen Eigentumsbegriff»*, in *Rechtshistorische Studien Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern*, Köln, Böhlau, 1977, p. 34 ss.

(78) KROESCHELL, *Zur Lehre vom «germanischen» Eigentumsbegriff*, cit., p. 60.

impedirci di ricondurre al fantasma tutta una sequela di conseguenze culturalmente positive.

L'idea non restò confinata nelle pagine dei tedeschi, ebbe adepti e sostenitori in Francia (79), in Svizzera (80) e in Italia (81); in Germania, in Francia e in Italia si tentò anche di placare nello schema duttile della *gesamte Hand* certe contraddizioni affioranti nella struttura delle società commerciali (82). In Italia, se ancora l'amministrativista Ranelletti ne usava dando prova di una vigile cautela storicistica (83), il civilista Francesco Ferrara senior vi

---

(79) Cfr. L. JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, in *Le Code civil 1804/1904 - Livre du centenaire*, T. I, Paris, Rousseau, 1904, *passim* ma soprattutto p. 377 dove si contrappone la 'communauté germanique' al '*condominium romain*'. È, sotto questo profilo, assai interessante anche la tesi di dottorato di Louis MASSE, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Paris, Boyer, 1902, il quale risolve la comunità coniugale in *gesamte Hand*.

(80) Robert COURVOISIER, *De la propriété en main commune et de ses applications dans le projet de Code civil suisse (Communauté de biens entre époux et indivisions)*, Neuchatel, Attingher, 1904, sorretto dalla ferma convinzione de «la propriété en main commune, institution d'origine germanique» (*avant-propos*), giacché «l'origine de la gesammte Hand se trouve dans le droit des Germains primitifs» (p. 17).

(81) Cfr. i cenni di PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 512-13.

(82) Illuminanti, in Germania J.E. KUNTZE, *Prinzip und System der Handelsgesellschaften*, in *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, VI (1863), p. 177 ss.; in Francia R. SALEILLES, *Etude sur l'histoire des societés en commandite*, in *Annales de droit commercial*, X (1895), p. II ss.; in Italia, le intuizioni di Umberto Navarrini e della sua scuola (U. NAVARRINI, *Società di commercio e proprietà in mano comune (zur gesammten Hand)*, in *Il diritto commerciale*, XIX (1901), c. 665 ss.; G. EGIDI, *Sulla struttura delle società commerciali*, in *Archivio giuridico*, LXVIII (1902).

(83) In Ranelletti (ci riferiamo al suo rilevante ed ampio saggio già citato su *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*) il richiamarsi al diritto germanico serba un valore relativo e relativizzante, né ha assolutamente il significato di rinvenirvi una realtà unica e tipicissima. Si mediti questa frase: «noi, nel problema della *condizione giuridica primitiva* dei beni soggetti ad usi pubblici, dobbiamo e possiamo limitarci al diritto germanico, perché questo, in certo modo, riportò la nostra vita giuridica alle origini e rappresenta l'elemento primitivo del nostro diritto attuale, il quale deriva immediatamente dal medioevo» (p. 205). E quest'altra: «tutto ciò è perfettamente in armonia collo stadio di sviluppo, a cui erano il popolo germanico ed il suo diritto in questi tempi» (p. 21). Il diritto germanico non è il laboratorio privilegiato dove per virtù innata dei partecipi si giunge alla invenzione della proprietà collettiva; il privilegio storico del diritto germanico è di aver rappresentato nella nostra storia giuridica «l'elemento primitivo» ponendo in frizione la realtà italiana del sesto secolo dopo Cristo con assetti che erano stati patrimonio comune

ricorreva ripetutamente e pienamente facendone uno dei pilastri portanti della grande ricostruzione storico-dommatica sulla persona giuridica (84). E una catena ininterrotta di adesioni arriva fino al Pugliatti (85) (sul piano dottrinale) e ai giudici del Consiglio di Stato e della Corte d'Appello di Roma che assumono quello schema a base dei propri giudicati.

Costruzioni destinate tutte a cadere come quelle che si fondano su di un falso? Si badi: il falso dei germanisti era consistito nel gabellare come *urdeutsch*, come assolutamente tipico della civiltà originaria germanica, uno schema appropriativo: il *Gesamteigentum*. Il falso stava tutto e soltanto nel tentativo di identificazione ed etichettazione forzosa; di quello schema era però viva tutta la storia sotterranea — quella non sonora e non vistosa né mai scritta — della dorsale appenninica, della coinè alpina e di mille altri territorii europei, una storia che andava ben più in là dell'evo medio e dell'età classica per trovare remote scaturigini nella protostoria europea. In quella nicchia remota di civiltà primitiva (ogni ulteriore qualificazione sarebbe indebita) un determinato assetto strutturale del territorio silvo-pastorale, una antropologia che tendeva a valorizzare il gruppo, una visione empiricissima — senza capacità di astrazioni e di idealizzazioni — dei rapporti fra soggetto fisico e gruppo portarono a quel precipitato storico rappresentato dalle varie forme di comunione a mani riunite e di proprietà collettiva; forme che *anche*

---

di tutta l'Europa silvo-pastorale preromana e che sopravvivevano ancora nel sesto secolo nelle zone meno percorse dalla circolazione giuridica romana. Non di *condominium iuris germanici* si tratta, ma di una risposta al problema della appartenenza collettiva della terra elaborata grazie a scelte antropologiche e tecniche strutturalmente diverse da quelle romane, quella risposta di cui i popoli germanici si facevano vistosamente portatori durante il nostro alto medioevo.

(84) Ferrara si affida completamente ai suoi mentori tedeschi: «La comunione è di due forme: *a tipo individualistico* che è quella che deriva dal diritto romano, ed è prevista dal nostro Codice, ed a *tipo collettivistico* (la com. *zur. gesammten Hand*) che ha origine germanica» (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli Torino, Marghieri - Utet, 1915, p. 474). Il capitolo di questo volume, che qui interessa, aveva — per buona parte — fatto oggetto di precedente pubblicazione con un titolo che esprime bene le idee di Ferrara: *Tracce della comunione di diritto germanico nel diritto italiano*, in *Rivista di diritto civile*, I (1909).

(85) Citato in PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, cit., p. 513.

i popoli germanici avevano ampiamente sperimentato e che portavano ben scritte nel loro costume e nella loro coscienza sociale.

Che questi *condominia* fossero o non fossero *iuris germanici*, che i giuristi tedeschi, francesi, svizzeri, italiani li credessero o non li credessero tali; tutto ciò rivela una grossa ingenuità nell'analisi storiografica, ma non incide minimamente su una conseguenza di straordinario rilievo culturale: sia o non sia *urdeutsch*, questo assetto collettivo esprime un altro ordine di idee, un'altra rappresentazione del rapporto individuo-gruppo, un altro meccanismo costruttivo di una appartenenza collettiva; altro rispetto a una tradizione — quella romanistica — che, ammantata di sacralità giusnaturalistica, ricevuta in codici e carte costituzionali, ufficialmente scelta come cemento del potere giuridico vigente, aveva la pretesa di proporsi come il solo ordinamento possibile d'una società affrancata da pregiudizi e socialmente evoluta. Al di là c'era solo il letamaio di istituti feudali e clericali, o gli abusi di collettività riottose configurabili come sanguisughe della proprietà libera e unitaria.

In una civiltà giuridica — come quella occidentale — in cui persino lo stesso diritto canonico si era — nel suo nascere e nel suo progredire — tecnicamente nutrito di diritto romano, l'importante era l'emersione di un istituto (o di un complesso di istituti) appartenenti a un filone di cultura assolutamente parallelo, portatore di valori o estranei o antitetici o comunque ripugnanti alle limpide ma rigorose categorie romanistiche. Il *condominium iuris germanici*, malgrado il suo vizio di nascita, veniva ad avere un valore profondamente provocatorio: apriva uno squarcio su un altro modo di vivere l'appartenenza singola e collettiva. Era una finestra aperta su un universo che concepiva il rapporto uomo-cose in modo diametralmente opposto alle concezioni tradizionali. Il monismo culturale, rappresentato da una teorizzazione dell'appartenenza ascesa — grazie a una lucida operazione ideologica — al livello intangibile dei valori morali, finalmente si incrinava; e il discutibile e falsante occhiale del *condominium iuris germanici* serviva egregiamente a mettere a fuoco un diverso paesaggio socio-giuridico prima ignorato o rimosso; serviva a rendere più complessa la visione dell'osservatore.

L'assolutismo giuridico aveva facilmente trionfato soprattutto nel campo dei diritti reali, perché il modello di organizzazione giuridica dei beni così come era stato confezionato nel solco della

tradizione romanistica si era proposto come l'unico possibile per una società che non volesse tornare nello stadio d'una civiltà tribale. Beseler e i germanisti, nel loro laboratorio di raffinati giuristi-stregoni, avevano creato un esperimento *in vitro* più che su un soggetto vivo, e ne era uscito l'automa che sappiamo. Essi avevano però dato forma a un modello culturalmente alternativo, un modello certamente senza le radici storiche che essi sostenevano ma teoricamente e tecnicamente raffinato; avevan voluto forgiare un modello da contrapporre a quello romano (o preteso tale). Gli assetti collettivi della prassi agraria e silvo-pastorale di sempre si erano nobilitati nelle linee di quel modello e avevan perduto quella primitività, quella rozzezza che li faceva condannare con estrema facilità sulla bocca sdegnosa dei raffinatissimi giuristi avvezzi alle sottigliezze delle architetture gotiche e neo-gotiche del diritto romano e del diritto naturale. Per di più, il modello beseleriano veniva ad impastarsi di socialità, a connotarsi come modello contrapposto, alternativo, anche da un punto di vista ideologico; e la ricchezza della vita economica di fine Ottocento con le nuove o rinnovate forme complesse di combinazioni sociali (società commerciali, cooperative, mutue, etc.). sembrava non trovare schemi abbastanza duttili e proni nelle pure costruzioni 'civilistiche' della tradizione ufficiale.

In questo senso e soltanto in questo senso, ben al di là dei progetti e delle intenzioni di Georg Beeseler, il fantasma del *condominium iuris germanici* è benefico ed ha una benefica azione culturale.

8. Dopo tutte queste precisazioni sembra arrivato anche il momento di intenderci — finalmente! — su questa benedetta nozione di proprietà collettiva, una indicazione che non può esser lasciata così fumosa e generica, appena disegnata da certi contorni fissati nelle prime pagine, giacché si corre sicuramente il rischio di non capire la *alterità* su cui si è ripetutamente insistito. Proprietà collettiva e proprietà individuale non sono infatti due sostanze antitetiche perché 'collettivo' significa esattamente l'opposto di 'individuale' (il che sarebbe di un semplicismo banalizzante), ma per ragioni più essenziali. Andiamo, dunque, per gradi e tentiamo una comprensione più profonda, puntualizzando quelli che ci sembrano aspetti comuni e tipizzanti di un fenomeno che si incarna in figure differenziatissime anche sotto il profilo della intensità della dimen-

sione appropriativa: come si precisò infatti all'inizio, fan parte di una nozione lata ma corretta di proprietà collettiva sia comunioni che hanno ad oggetto una 'servitù' di pascere, di seminare, di spigolare, di legnare e via dicendo con un contenuto diventato nel tempo — per fattori esterni e contingenti — ridotto o addirittura ridottissimo di godimento del bene, od altre che costituiscono effettivi condominii con la totalità del godimento dei fondi e l'organizzazione della gestione agro-silvo-pastorale nelle mani dei condomini.

E cominciamo col dire che lo schema convenzionalmente indicato come 'proprietà collettiva' è assai poco 'proprietà' ed è essenzialmente uno 'statuto della cosa': qualificazione questa che non si esaurisce in una formula vuota ma attiene alle fondazioni e alla struttura. È ovvio che non si intende ripetere qui la conclusione di un'antica dottrina civilistica italiana, per la quale nella proprietà collettiva non si poteva correttamente e a rigore parlare di 'proprietà', offuscando la dimensione collettiva irrimediabilmente la nozione del proprio che è riservata a una potestà individuale (86). Qui si vuole invece dire che nello schema della proprietà collettiva la nozione del proprio sussiste ma non è né prevalente né caratterizzante.

Nella sua forma paradigmatica di proprietà comune di consorti coeredi (per esempio nelle regole cadorine ed ampezzane), il proprio è imputabile a una catena ininterrotta di generazioni e serve essenzialmente come limite verso l'esterno, come elemento per circoscrivere la sfera giuridica di quel consorzio agnatizio da sfere giuridiche limitrofe di altri consorzi, di privati, di enti pubblici. L'idea di proprio è tuttavia secondaria per connotare il meccanismo interno della sfera giuridica 'proprietà collettiva', la quale è soprattutto uno statuto della cosa. Con questa nozione — niente affatto innocua — si vuol significare che essa si modella sulla cosa, è scritta sulla cosa, è plasmata interamente dalle ragioni primordiali fisiche ed economiche della cosa.

La proprietà della tradizione civilistica — quella che, un tempo, veniva definita troppo sommariamente ma efficacemente come 'quiritaria' — si esemplava sempre sul soggetto, era pensata come il suo presidio e la sua ombra sulle cose, anzi, in certi momenti storici, come strettamente connessa alla sua libertà, manifestazione e garan-

(86) Si vedano le testimonianze di cui abbiamo altra volta discorso: GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 377 ss.

zia di libertà (87). Una simile visione soggettivistica, talora esasperatamente soggettivistica, è addirittura capovolta nel paradigma della proprietà collettiva: tutto viene sacrificato alla cosa e alle sue istanze primordiali. E la veste giuridica 'proprietà collettiva', che ordina la cosa, è sentita come in coerenza suprema con essa.

Il contributo umano è di leggere ciò che è scritto sulla cosa, non di strumentalizzarla o di alterarne la vicenda. La struttura della cosa, interpretata senza prevenzioni, ha una forza normativa indiscussa, perché è legato ad essa il miracolo economico della produzione. A questo tutto è sottordinato, in una visione naturalistica e autenticamente ecologica del rapporto fra comunità umana e beni produttivi (88).

È appena il caso di sottolineare che siamo di fronte a due sottostanti diversissime fondazioni antropologiche: da un lato, è il primato del soggetto sulla cosa; dall'altro, è il primato della cosa sul soggetto; da un lato, una visione intensamente umanistica (nel senso che il mondo intiero viene risolto nell'uomo), la quale diventa sul piano giuridico una soluzione intensamente potestativa; dall'altro, una visione rigorosamente funzionale, rispetto alla quale umanesimi e individualismi sono lussi mal sopportabili e nella quale al singolo si chiedono sacrifici e si impongono condizionamenti in nome della realtà assorbente del bene produttivo.

È una prima connotazione — questa or ora segnata — che dovette contribuire non poco alla assoluta incomprensione da parte degli osservatori ottocenteschi tutti conquistati da una proprietà radicata nel soggetto — addirittura nello *interior homo* — e vincolata alla sua libertà, ma che poteva esser ritenuta accettabile durante il corso del Novecento via via che nuove consapevolezze si acquisiscono e i giuristi cominciano a compiacersi di guardare alla proprietà

---

(87) P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 260 ss.

(88) Questo aspetto è messo bene in luce e debitamente sottolineato da uno dei più intelligenti conoscitori dei problemi storico-giuridici e tecnico-giuridici delle forme di proprietà collettiva in Italia, Guido Cervati (1907-1987), avvocato in Roma, pratico di altissimo rango ma anche uno dei pochi che avesse una visione autenticamente scientifica del nostro oggetto, nella sua Relazione di base al simposio internazionale di Pieve di Cadore del 1986 (cfr. G. CERVATI, *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 47).

'da sotto in su', mettendosi dal lato della cosa, come fa una ricca e sollecitante riflessione che dalle percezioni di Finzi (89) arriva all'analisi articolata di Pugliatti (90), al felice 'corso' di Massimo Severo Giannini sui beni pubblici (91).

A una seconda essenziale connotazione dovevano invece essere riservate incomprensione e ripugnanza costanti e indefettibili fino ad oggi: ogni forma di proprietà collettiva postula il primato della comunità sul singolo, giacché postula la comunità (e la comunione quale immagine riflessa a livello dei beni) come valore di altissimo rilievo sociale e giuridico; comunità e comunione concepite non quali semplici unioni e combinazioni di persone e di beni, ma quali realtà cementate da una solidarietà intensissima. E qui il dissidio col filone portante della tradizione giuridica continentale è totale.

Quel soggetto privilegiato che è il cittadino romano ama riconoscersi incastonato nella macro-comunità statuale, che egli ha contribuito a creare e dalla quale trae riconoscimento e tutela della propria posizione privilegiata, ma disdegna i condizionamenti di comunità intermedie, che risultano per lui inutili se non dannose. Il suo erede diretto, il nuovo *citoyen* che emerge dopo la Rivoluzione, non è da meno: è un personaggio che crede nello Stato e nella sua forza, ma è un personaggio liberato soprattutto da quei legami comunitari che, nell'antico regime, lo imbavagliavano e ne limitavano la libertà. Il diritto, da quello classico a quello borghese (con la sola grande eccezione dell'isola medievale), aveva corrisposto a questa visione sociale insistendo nel costruire a livello di beni una appartenenza solitaria e colorando con le tinte più negative l'istituto della *communio*. La comunione, concepita come *mater malorum* e *mater discordiarum*, ha una valutazione estremamente negativa; e, se

---

(89) Di Enrico Finzi si dovrebbero ricordare diversi interventi; centrale quello che si incarna nella sua Relazione al Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1932 (cfr. E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, tip. Ricci, 1936.

(90) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del Terzo Congresso nazionale di Diritto Agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano, Giuffrè, 1954, ora anche in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

(91) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici* - Dispense delle lezioni del corso di Diritto Amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-63, Roma, Bulzoni, 1963.

non è espunta dall'ordinamento perché è pur necessario prevederla, è però confinata in un cantuccio, pensata sempre e comunque quale situazione provvisoria dalla quale è giusto che il condomino possa in ogni momento disimpegnarsi. Una comunione perpetua è impensabile, poiché il cittadino non può essere costretto per sempre a portare sulle spalle un fardello tanto pesante. In ogni caso, la comunione non sarà mai così compatta da soffocare l'individualità patrimoniale del contitolare o condomino; essa sarà, anzi, sempre atomisticamente concepita come somma di valori economici ciascuno dei quali mantiene tutta la sua dirompente potenzialità.

Anche su questo punto, la proprietà collettiva rivela di far capo a un altro filone culturale, che corre perfettamente parallelo a quello ufficiale e che ha origini aliene. Opposta è anche qui la fondazione antropologica: il cittadino romano e il suo erede borghese sono soggetti che han fiducia in se stessi e che ricevono fiducia dalla macro-entità statuale; il soggetto, che vediamo operare negli assetti collettivi, è invece un personaggio che ritiene di ricevere una integrazione sostanziale nella nicchia della comunità, che si ritiene compiuto soltanto al suo interno, che considera efficace la propria azione soltanto in sintonia e in congiunzione con il gruppo. Là, una antropologia all'insegna dell'ottimismo; qua, una sfiducia di fondo, che cancella il singolo e la sua azione individua dal novero delle forze socialmente efficaci e assume il gruppo a protagonista sociale ed economico, e, conseguentemente, giuridico.

Con un risultato considerevole a livello di organizzazione dei beni. La comunione, da madre d'ogni male com'è nel risaputo brocardo romanistico, si propone semplicemente come materna, come l'assetto giuridico più congeniale per portare a buon compimento l'onere non lieve della coltivazione e della fruttificazione. Specchio fedele sul piano dei beni della soprastante organizzazione sociale rigorosamente comunitaria, la comunione perde — nel pianeta giuridico della proprietà collettiva — il suo connaturato carattere di provvisorietà; diventa strumento normale e conveniente di conduzione del patrimonio, l'unico ipotizzabile in una civiltà incapace di pensare e risolvere i problemi quotidiani all'insegna dell'individualismo.

Ma questo ancora non basta per tipicizzare la comunione che sottostà agli assetti di proprietà collettiva. Essa non è soltanto un

regime dei beni, ma si compenetra col regime sociale soprastante generalmente identificato in una sorta di consorzio soprafamigliare, e il tessuto squisitamente solidaristico che lega e cementa la micro-società consortile si riversa anche sul piano patrimoniale, che è investito e caratterizzato da un genuino spirito di solidarietà. Questa comunione, in altri termini, non appartiene al territorio dei diritti reali come il condominio romanistico, ma rappresenta il momento di necessaria fusione tra proiezione personale, familiare, patrimoniale. I 'comunisti' son lì non come titolari anonimi di una quota ideale del patrimonio, legittimati a esser condomini unicamente dalla proprietà esclusiva, disponibile, alienabile della quota; son lì perché hanno un nome e cognome, in forza della loro vicenda personale all'interno di un determinato gruppo sociale. Non un soffio di psicologia capitalistica li sorregge, ma un intreccio fra lavoro, produzione, sangue e terra, dove la dimensione personale e la dimensione reale si intrecciano con le loro reciproche forze coesive per costruire un certo tipo di organizzazione giuridica dei beni, appunto la proprietà collettiva. Se si vuole, è una visione arcaica, dove la dimensione economica non è sottoposta a una fredda depurazione da scorie personali e sociali, ma è anzi intimamente intrisa da forze materiali primordiali dalle quali si pretende che *non* sia separata.

Origini germaniche, celtiche, proto-italiche? Rinunciamo alla sterile tentazione, che fu propria di tanti zelanti storici d'un tempo, di individuare esultanti la monocausa e il monocanale di scorrimento, e agganciamo piuttosto, come sopra si disse, questo latissimo fenomeno — latissimo temporalmente per la sua più che bimillenaria continuità e spazialmente per la sua proiezione geografica paneuropea — a una civiltà che ha sentito primitivamente la dimensione giuridica come profondamente fattuale, cioè determinata da fatti vitali e strutturali dai quali non riusciva ad astrarre; una civiltà che ha vissuto senza clamori accanto a quella ufficiale e le cui scaturigini prime, i modelli primigenii possono anche farsi risalire a una remota coinè europea ([92]). Ma civiltà pur essa con proprii valori

([92]) Questa insistenza su scaturigini remote non è una retorica romanticheggiante. Si vedano in proposito le affermazioni di un personaggio sempre cautissimo e misurato nelle proprie ipotesi storiografiche e per sua natura incline alla concretezza come Giampiero BOGNETTI, *Ascua et pascua*, cit., *passim*, con delle conclusioni che sono

portanti nelle loro intense peculiarità. Da questa più o meno remota civiltà conseguiva l'indistinzione tra pubblico e privato, cui abbiamo accennato più sopra, l'indistinzione fra personale e reale cui si fa cenno ora.

Consegue anche quel singolare modo di concepire il rapporto fra singoli e gruppo, che è poi anche l'ultima connotazione su cui vogliamo indugiare per fissare l'alterità di queste nostre comunioni. Ben spesso il legislatore italiano ha risolto a suo modo, secondo la sua cultura e la sua ideologia, quel delicatissimo rapporto, attribuendo ai gruppi la personalità giuridica: il caso più clamoroso è quello, a noi ben noto, delle Regole della Magnifica Comunità Cadorina, a cui dal D.L. 3 maggio 1948, n. 1104 «è riconosciuta la personalità giuridica di diritto pubblico». Conviene ripetere ancora una volta che questa è una veste forzosa fatta calare dall'esterno su un corpo sociale che storicamente non è vocato a riceverla, veste anchilosante per una realtà che non si presta a rigide schematizzazioni. Anche in questo caso, si sarebbe dovuto rispettare il complesso meccanismo giuridico del gruppo così come era stato vissuto e sentito nello svolgersi millenario di una cultura diversa dalla nostra. Personalità giuridica — per esempio, di una Regola — significa costituzione della Regola in ente ideale e conseguente distacco assoluto fra la nuova persona-Regola e le persone formanti la collettività dei regolieri. E questo altro non è che far violenza a tutta una tradizione che ha sempre córso in altra direzione.

Esattamente per le stesse ragioni che si segnalavano poco sopra, alla civiltà giuridica delle proprietà collettive un simile stacco sa di innaturalità. Proprio per l'incapacità di questa civiltà a separare situazioni di fatto da situazioni di diritto, un cordone ombelicale di carattere osmotico lega gruppo e singoli: il gruppo è una pluralità collegata di persone che si presenta come unità nei rapporti verso l'esterno, ma non si contrappone ai suoi membri, anzi vive in collegamento organico con essi; i diritti dell'unità e della pluralità

---

sostanzialmente convalidate dalle ultime problematiche lezioni di Poitiers, redatte qualche mese prima della morte e pubblicate postume (cfr. G.P. BOGNETTI, *I beni comunali e l'organizzazione del villaggio nell'Italia superiore fino al Mille*, ora in G.P. BOGNETTI, *Studi sulle origini del comune rurale*, Milano, Vita e Pensiero, 1978, *passim*, ma soprattutto p. 316 ss.).

sono organicamente intrecciati. La figura giuridica del gruppo perde qui il rigore e la nettezza di linee, che sono proprie della *universitas* romana o della *persona moralis* moderna, ma ne guadagna in plasticità e duttilità. È la struttura interiore della *Genossenschaft* che Otto von Gierke dipinse come emblema d'una civiltà *urdeutsch*, ma che è invece comune a tutta una coinè europea preromana e postromana.

Quando la faremo finita di sentirci eredi di Regnoli e di Calisse? Quando avremo il coraggio culturale di porre il nostro atteggiamento in posizione di rottura con tutto il cumulo di incomprensioni, sordità, violenze legali, soperchierie culturali e tecniche che stanno dietro le nostre spalle? (93) Dalla prima legge per la montagna e dalle prime pronuncie giudiziarie innovative il cammino ha continuato a svolgersi positivamente, e ne sono anche prova le iniziative di studio e di discussione che abbiamo menzionato all'inizio. Un vizio di fondo però resta, ed è quello che un veramente grande giurista nostro, il Pugliatti, chiamava «l'illusione di potere livellare tutti i rapporti colla falce della legge» (94).

L'assolutismo giuridico, con la sua capillare azione plagiante, ci ha convinti della capacità taumaturgica della legge, e ancor oggi, tra le pagine del volume recentissimo che raccoglie gli 'atti' del Convegno di Pieve di Cadore del 1986, «avere i piedi a terra» (95) significa — agli occhi di un valente magistrato — tenersi ai testi legislativi, far di questi esegesi senza cavalcare fantasiosi ippogrifi dottrinali. E questo è il perdurare d'una mentalità viziata, questo è il precludersi definitivo di poter aggredire al cuore il nostro problema, giacché non si tien conto che la legge è legge *nostra*, è espressione della nostra cultura ufficiale che proiettiamo disinvoltamente in un altro mondo

---

(93) Un esame di coscienza straordinariamente franco (che, come tutti i serii esami di coscienza, si concreta anche in un inventario di 'peccati') è però compiuto recentemente da Pietro Rescigno, un civilista che all'analisi del positivo accompagna sempre un salutare e salvante respiro culturale (cfr. P. RESCIGNO, *Diritti collettivi e usi civici*, in *Terre collettive e usi civici tra Stato e Regione* - Atti del convegno - Fiuggi 25-26-27 ottobre 1985, Roma, IGER, s.d., p. 82 ss.

(94) PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 204.

(95) I. BARBIERI, *La salvaguardia delle associazioni e comunità agrarie nella legislazione sugli usi civici*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 105.

giuridico. Mentre l'unico atteggiamento di probità intellettuale sarebbe quello di mettere a fuoco lo sguardo in relazione alle qualità dell'oggetto esaminato, di guardare con occhi spogli da pregiudizi — mi verrebbe voglia di dire: con occhi mondati da un profondo lavacro interiore — un universo che soltanto da un siffatto osservatorio rivela la sua ontologia secreta e che soltanto per una occasione contingente è venuto a far parte del territorio, prima, del Regno d'Italia e, poi, della Repubblica italiana.

9. Qui sta il punto. Che le Regole ampezzane e cadorine, le Società degli antichi originari della Lombardia, le Consorterie valdostane, le Partecipanze emiliane, le Comunanze dell'Appennino umbro-marchigiano, e via dicendo, siano oggi parte del territorio statuale italiano è per il giurista-interprete una mera occasione, una circostanza politicamente assai rilevante ma giuridicamente affatto irrilevante.

Con questa affermazione soltanto apparentemente scandalosa si vuol semplicemente sottolineare quella elementare, anche se disconosciuta, verità, secondo la quale l'esperienza giuridica vivente nel territorio statuale italiano è ben più ricca di quella espressa dallo Stato stesso con i suoi atti di volontà; v'è, insomma, una complessità della vita giuridica italiana che soltanto una operazione riduttiva e immiserente potrebbe giungere a imbrigliare nella sola voce dello Stato. E se qualche saccente, per sottolineare la pleonasticità ed inutilità delle nostre parole, ci ricordasse alcune tappe salienti della riflessione giuridica italiana del Novecento che hanno avuto in proposito un salutare carattere liberatorio, noi replicheremmo prontamente che guardiamo con ammirato rispetto a queste grandi riflessioni, ma siamo costretti a constatare che esse sono rimaste per la più gran parte degli operatori-giuristi suggestive ma fantasiose espressioni retoriche, poesie intraducibili nella prosa del diritto quotidiano fatto di leggi, di fonti gerarchicamente ordinate, di strettissima legalità codificata nel mai troppo esecrato articolo 12 delle Disposizioni preliminari. Ad onta dei Santi Romano, dei Cesarini Sforza, dei Capograssi, il discorso del giurista positivo non si è mai, fino ad ora, salve poche eccezioni, sollevato di una spanna dalla bassa corte dei luoghi comuni pervenutigli dalla tradizione postilluministica, a cominciare da quello dello *iudex servus legis.*

Nessuno discute il principio generale che il giudice sia sottoposto alla legge dello Stato (96); si vuol soltanto mettere in chiaro che questo principio non lo esime dal rendersi conto e dal tenere in debito conto della effettiva esperienza giuridica italiana, anche di quella che esiste e prospera al di là delle leggi dello Stato. Non v'è dubbio che il giudice sia tenuto a prender coscienza anche degli ordinamenti giuridici concorrenti allo Stato e viventi nel territorio nazionale e che, in conseguenza di questa acquisizione di coscienza, deponga la pretesa di misurarli con le unità di misura fornite dal sistema legislativo statuale. Egli dovrà, per una esigenza primaria della sua funzione interpretativa — direi di più: per garantire un fondamento razionale alla funzione intepretativa —, ricercare in essi ragioni e fondazioni supreme.

Il primo dovere del giurista-interprete dovrebbe essere l'inventario di questi ordinamenti giuridici effettivamente presenti e operanti nel territorio della Repubblica italiana. È ovvio che la generalità dei rapporti giuridici, la normalità di questi rapporti, debba trovare nel Codice e nelle leggi speciali la propria regola, ma è altrettanto ovvio che comunità particolari fondate su antropologie giuridiche diverse, esprimenti una diversa cultura giuridica, costruite mediante un diverso cemento tecnico, debbano esser valutate in base a quell'antropologia, a quella cultura, a quei cementi tecnici. Questo e soltanto questo significa per il giurista-interprete 'avere i piedi a terra', e questo e soltanto questo è il cómpito primario del giudice, il gravoso impegnativissimo cómpito che gli spetta: giacché lui non è, come espressione dell'apparato di potere, l'applicatore, sempre e comunque, della legge statuale, ma, come espressione della società civile nel suo complesso, l'interprete del diritto effettivamente vivente. E questo esige oggi la nostra affinata e maturata riflessione scientifica con tutte le sue notevoli acquisizioni, ma altresì lo stesso dettato della carta costituzionale italiana.

---

(96) Principio da intendersi non con il parossismo con cui è generalmente ricevuto e da sottoporsi a una valutazione meno meccanicistica di quanto usualmente si fa. Su questi gravi problemi dell'attuale Stato di diritto e sulla esigenza per il giudice di spostare la propria attenzione anche alla vita della legge nel tempo, ci sia consentito di rinviare a quanto ne abbiam detto in P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, cit., p. 517 ss.

Infatti, anche a volerci arrestare alle sue tavole supreme quale carta dei valori socio-politico-giuridici dell'intiera società italiana così come sono delineati nei «Principii fondamentali» e senza troppo svolazzare nella teoria generale, il disegno, che si profila da una lettura combinata dei primi tre articoli, è precisamente quello di una realtà autenticamente pluriordinamentale. La sovranità popolare solennemente sancita nell'art. 1 «non è da vedersi come una affermazione declamatoria e retorica priva di precisi contenuti, ma come la affermazione della preminenza sostanziale della società e dell'ordine sociale in confronto ad ogni potere politico che in qualche modo pretendesse di rendersi prevalente o dominante in confronto alla società stessa» (97), significa — in altre parole — la riconduzione alla società della funzione normativa e, di conseguenza, la non-identificazione fra ordine giuridico e Stato; una società sorpresa dall'art. 2 in tutta la ricchezza delle varie formazioni sociali; una società vocata, secondo l'indicazione dell'art. 3, a garantire l'eguaglianza fra i cittadini con la rimozione di tutti quegli ostacoli che possano impedire il pieno sviluppo della persona (98).

Se un pregiudizio assolutistico non vizia apoditticamente la mente dell'interprete, questi tre articoli sembrano scritti anche per i nostri assetti proprietari collettivi: manifestazioni vivaci della sovranità popolare nel suo vario esprimersi, concorrono con un proprio patrimonio inconfondibile e con un atteggiamento psicologico di orgogliosa autonomia a quella realtà complessa ma non compatta che è il diritto italiano, cioè il diritto avente a proiezione geografica

---

(97) Sono parole di Giorgio BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1990², p. 89. Dello stesso Berti si veda anche: *Diritto e Stato - Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, p. 28 ss.

(98) Recentemente, Angelo Falzea, cercando di cogliere il 'segreto' più riposto di ogni ordinamento giuridico, così scriveva: «ciò che forma una comunità giuridica è il comune tipo di vita. La base di ogni vita comune è l'interesse comune, un sistema di esigenze reali e realizzabili che accomuna i diversi soggetti umani e li aggrega in un gruppo organico, caratterizzato dal suo specifico tipo di esistenza. Ogni ordinamento giuridico è dunque un sistema di interessi» (A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, XXXIV (1988), p. I, p. 14). Una conclusione che calza a pennello ai nostri assetti collettivi, i quali si presentano a noi come modi peculiarissimi di vivere un 'comune tipo di vita'.

il territorio della Repubblica italiana (99); formazioni sociali, che si pongono custodi di un costume e di una organizzazione socio-economico-giuridica squisitamente idonei, in presenza di certe condizioni strutturali, alla promozione sociale ed economica dei singoli membri.

In grazia di questi tre articoli il giudice repubblicano non ha vincoli a dover misurare le architetture giuridiche degli assetti collettivi con i principii loro esterni ed estranei contenuti nelle leggi dello Stato; ha piuttosto il dovere culturale ma anche giuridico di 'misurarli' con le unità di misura offerte dalla loro tradizione culturale.

Circa ottanta anni fa, un giurista di straordinaria intelligenza e cultura anche se ben provveduto di chiusure legalitarie e portatore di parecchie sordità verso le idee novatrici del primo Novecento (100), Francesco Ferrara, non ebbe esitazione a scrivere, in una sua pagina vibrante, «che si tratta di forme storiche di godimento della proprietà fondiaria che perdurano all'ombra del diritto anteriore sotto cui furono costituite» (101). Ferrara, ben immerso nel positivo, si limitava nel 1915 a parlare — però efficacemente — dell'ombra del diritto anteriore; noi, oggi, anno di grazia 1990, abbiamo il dovere di parlare di realtà pluriordinamentale, di rendere finalmente concrete le soltanto teoricamente acquisite conclusioni romaniane e di cogliere in quelle organizzazioni principii che sono al di là del diritto prodotto dallo Stato, che sono *altri* rispetto al sistema legislativo statuale, e come tali vanno compresi e rispettati. Non ne consegue un difetto di giurisdizione; ne consegue, al contrario, un arricchimento nella tastiera del giudice (e, con maggiore facilità, dello scienziato); giudice e scienziato

---

(99) Con una normazione propria, se «normazione propria significa che le norme del gruppo originino dalla determinazione del gruppo e che effettivamente si impongano all'osservanza dei suoi componenti» (M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, VIII (1958), p. 232.

(100) Ne è un esempio il saggio su *Potere del legislatore e funzione del giudice*, che Ferrara pubblica, nel 1911, sulla neo-nata 'Rivista di diritto civile' e che è tutto una requisitoria contro «l'insano movimento giusliberistico» e i coreuti italiani di Hermann Kantorowicz (vedi ora il saggio ristampato in F. FERRARA, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1954).

(101) FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 494.

debbono ficcare ben a fondo lo sguardo in quanto è avvenuto nell'altro ordine giuridico, perché unicamente lì sono le chiavi per una soddisfacente comprensione.

Non v'è dubbio che questa visione più complessa apra molteplici problemi, tutti da proporre e da tentar di risolvere alla luce di un autentico pluralismo. Il più grosso è certamente quello dei limiti che un siffatto diritto alieno non può valicare. Il limite dell'ordine pubblico è una concessione affatto teorica, giacché son lontani i tempi in cui la proprietà individuale veniva considerata cardine essenziale di questo e le proprietà collettive sinonimo di sovversione sociale e di aberrazione etica e giuridica. La attuale disciplina costituzionale della proprietà si colloca infatti in una posizione di discontinuità rispetto al vecchio individualismo proprietario e stacca recisamente il problema proprietario da quello dei principii caratterizzanti dell'assetto costituzionale. Più concreto è invece il problema che questi ordinamenti giuridici, con la loro normazione originaria e peculiare, possano entrare in frizione con quei principii fondamentali della Costituzione che sono i cardini della generale convivenza. Il nodo è emerso anche a livello giudiziario per quanto attiene alla esclusione delle donne dagli organi sociali o dalla comproprietà dei beni comunitari sancita dagli Statuti di Comunanze e Regole: pensiamo alla recente ordinanza della Corte Costituzionale per le Regole ampezzane (102) e alla sentenza della Corte d'Appello di Trento per la Regola feudale di Predazzo (103); e constatiamo le contorsioni presenti soprattutto nel sinuoso ragionare della Corte Costituzionale.

Le contorsioni della Corte Costituzionale avrebbero potuto essere evitate e avrebbero potuto essere evitati anche i semplicismi della Corte d'Appello trentina assimilante le proprietà comuni alpine ai centomila banali condominii della nostra vita quotidiana, sol che si fosse ragionato, prima ancora di tentar di capire la portata e i limiti dell'art. 3 Cost. e di una uguaglianza sancita «di fronte alla

---

(102) Ci riferiamo alla Ordinanza 26 luglio 1988, n. 917 (vedila in *Le Regioni*, XVII (1989), p. 1649 con annotazione di U. Pototschnig).

(103) Ci riferiamo alla sentenza 22 novembre 1988, n. 480, in causa Regola feudale di Predazzo c. Giacomelli Francesco, citata dal Pototschnig nella annotazione ora menzionata.

legge», secondo uno schema di pluralità di ordinamenti originarii. È ovvio che il Regoliere di Ampezzo o di Predazzo sia un cittadino italiano come tutti gli altri e, in quanto tale, sottoposto ai principii ispiratori e alle norme dell'ordinamento statuale italiano. Il Regoliere di Ampezzo o di Predazzo non è tuttavia, come il povere autore di questo saggio o come la stragrande maggioranza degli italiani, un soggetto a una sola dimensione; giuridicamente egli è, al contrario, un soggetto a due dimensioni: egli ha infatti una personalità bifronte sul piano del diritto; per un lato, è immerso nella vita sociale e politica della Repubblica italiana: per un altro, è immerso in un differente canale di civiltà giuridica, che una valutazione obbiettiva non può non farci riconoscere come ordinamento primario. Per quel che attiene a questo ordinamento — che ha una sfera sua propria ed autonoma, concernendo il complesso rapporto vitale fra una certa comunità e una certa terra —, i principii ispiratori non possono che esser quelli che in esso sono emersi e si sono consolidati quale espressione di una specifica civiltà giuridica e quali valori fondanti, che *ab antiquo* l'hanno resa viva e soprattutto tipizzata. È unicamente partendo da questa premessa — premessa essenzialmente metodica — che si può correttamente risolvere il problema della esclusione delle donne: il principio di uguaglianza riguarda anche i Regolieri ampezzani o predazzesi, ma solo nella loro dimensione giuridica generale di cittadini italiani; l'applicazione di quel principio si arresta infatti di fronte alla loro qualità di Regolieri, ossia a quell'ordine giuridico tipico che si è instaurato assai prima dello Stato italiano e che ora concorre con lui senza da lui derivare; si arresta di fronte al confine ideale ma nettissimo dell'ordinamento primario 'Regole di Ampezzo' o 'Regola feudale di Predazzo'. Ogni ingerenza di chi pretendesse inserire un principio di uguaglianza così come viene sentito e applicato nell'ordinamento generale italiano avrebbe il significato di una misurazione dei principii disciplinanti gli assetti collettivi su valori che a quegli assetti sono assolutamente estranei. Sarebbe, innanzi tutto, metodologicamente scorretto. Il sindacato di un giudice italiano che sancisse l'ingresso delle donne negli organi sociali delle Regole equivarrebbe a quello d'un giudice italiano che pretendesse d'intervenire sulla esclusione delle donne dal sacerdozio tradizionalmente osservata nell'ordinamento della Chiesa Cattolica.

Basterebbe che ci fosse quanto invece manca, e cioè un po' di coraggio, per arrivare a considerare correttamente e in modo radicalmente nuovo il rapporto fra diritto statuale italiano e diritto degli assetti proprietarii collettivi; se ostacoli ancora possono esserci (e anzi ce ne sono parecchi), sono infatti di cultura e di educazione del povero giurista plagiato da due secoli di assolutismo giuridico. E per colpa di questo plagio — ne sia o non ne sia consapevole, ha poca rilevanza — non si riesce a mettere a frutto tutte le risorse liberatorie che, anche sul piano metodologico, potrebbero scaturire da una lettura aperta della Costituzione del '48. L'amara constatazione, che oggi non ci si può esimere dal fare, è che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, messa a punto con uno straordinario nitore intellettuale proprio in Italia settantatre anni fa, non ha mai attecchito fra le convinzioni del plagiatissimo giurista italiano. Viene invece serbata con imbarazzo sulle sommità del suo apparato teorico come si può serbare in casa nostra una claudicante poltrona antica, splendida e prestigiosa ma su cui si invita a non sedersi per evitare prevedibili cadute rovinose. Un mero ornamento, insomma, che il giurista italiano per primo rifiuta di considerare funzionale e di annoverare tra i suoi strumenti di azione.

È per questo che non si può non salutare con favore le correnti di un vento nuovo che cominciano a muoversi anche fra i costituzionalisti, come è testimonianza nel corso di lezioni che Giorgio Berti ha dato alla luce in prima edizione appena tre anni fa, un corso al quale — per il coraggio di cui è lucidamente portatore —, malgrado gli auguri più schietti che mi sento di formulargli, è facile pronosticare uno scarso successo se non una (più o meno) aperta ostilità da parte dell'intiera corporazione dei giuspubblicisti (104). Il tentativo di Berti, un personaggio non nuovo a iniziative coraggiose (105), è commendevole proprio perché vuol costringere il giurista

(104) Ci riferiamo al sopra citato 'corso': *Interpretazione costituzionale*, di cui utilizziamo la seconda edizione (Padova, Cedam, 1990).

(105) È, per esempio, una felice e coraggiosa iniziativa di Giorgio Berti il Convegno milanese del 1984 su 'Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche', i cui interessantissimi 'Atti' sono stampati in *Jus*, XXXII (1985), un Convegno che senza reticenze e ipocrisie tendeva a guardare con

che pensa e opera all'ombra della nuova Costituzione a una revisione totale, cioè a una revisione che non può non investire tutta la sua vecchia impalcatura teoretica. Troppo spesso i nostri costituzionalisti, dopo aver tratto tante conseguenze sostanziali sul rapporto cittadino-Stato, si erano e si sono arrestati di fronte al sacrario dell'assolutismo giuridico lasciandolo praticamente intatto e cioè in totale incoerenza e disarmonia con il tessuto innovativo della carta costituzionale. Soprattutto, restava intatto il vecchio modo di concepire le fonti, il sistema delle fonti. Il pregio grosso dello scavo di Berti è la pretesa di portare fino al territorio proibito delle fonti la propria revisione, partendo da una degnità di fondo: la riconduzione alla società della funzione normativa. Alla luce di questa degnità, scoperta come fermento vivo di tutta la Costituzione, i dogmi dell'assolutismo giuridico — a cominciare dal principio assolutistico della gerarchia delle fonti (principio 'mortificante', dice Berti) ([106]) — dimostran tutta la loro insensatezza e inadeguatezza sia rispetto allo stadio delle attuali conoscenze, sia rispetto alla sensibilità oggi diffusa. Sarà un affrancamento per ogni giurista, che si sentirà titolare di una funzione interpretativa e non di un servizio meramente esegetico, sarà anche, per il problema modesto di cui si è discorso fin qui, il definitivo affrancamento delle proprietà collettive da vecchie ipoteche, che potevan sembrare incancellabili.

Intanto, malgrado tutto, il vecchio andazzo continua. Direi di più: il peggio — più che al recente passato — sembra appartenere al futuro prossimo. Molte proposte di legge pendono attualmente di fronte al Parlamento italiano in tema di «usi civici», e appaiono tutte ispirate alla solita perversa visione assolutistica oltre che a un atteggiamento unilaterale e intollerante, a una grossolana incultura di fondo, a pesante ignoranza dei più elementari problemi storico-

---

occhi rinnovati ma soprattutto con una psicologia rinnovata allo spinoso problema delle fonti di diritto oggi.

([106]) «La pluralità delle fonti, connaturale ad un sistema giuridico costruito positivamente con il riconoscimento a più categorie di soggetti della capacità normativa, è stata però mortificata dalla creazione di un sistema gerarchico, al cui vertice sta in definitiva la legge di origine parlamentare» (BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 163).

giuridici. Con la conseguenza nefasta di fraintendimenti certi e altrettanto certe iniquità. Si aggiunga che è rilevabile anche una allarmante disattenzione per la valutazione ecologica del fenomeno nei suoi molteplici nessi con l'ambiente, su cui aveva efficacemente — ed opportunamente — insistito negli ultimi anni della sua vita il compianto Guido Cervati, e che è un aspetto oggi non trascurabile da parte di un legislatore oggettivo e consapevole. Una volta tanto, c'è da sperare che la consueta impotenza del Parlamento nazionale, dominato dai suoi particolarismi e dalle sue risse, impedisca che queste proposte divengano legge dello Stato (107).

Un progetto di legge soprattutto mi auguro che non si cambi mai in legge, ed è quello che, sotto l'intitolazione 'Interventi speciali per la montagna', è stato varato appena ieri dal Comitato Consultivo Montagna presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (108) e che ha formato oggetto di una prima discussione (e anche di una disapprovazione pressoché corale) nel Seminario tenutosi il 21 giugno a Cortina d'Ampezzo (109); me lo auguro, perché rappresenta un modello perverso di intervento legislativo in questa delicatissima materia degli assetti collettivi alpini, i cui equilibrii hanno in un plurisecolare decantatissimo costume il loro fondamento più stabile. Nella speranza che il progetto resti soltanto una aspirazione della Commissione, non mette conto di analizzarlo partitamente, ma c'è almeno da segnalare, a tacer d'altro (110), che alle Regioni viene conferito il potere «di disciplinare con proprie norme, a tutela dell'interesse pubblico connesso alla conservazione e gestione dei beni comunitari» (art. 6, n. 4) aspetti così delicati e vitali della esistenza di quegli assetti, da far sorgere il dubbio se non siamo

---

(107) Per un primo desolante quadro, cfr. A. GERMANÒ, *Verso la liquidazione dei diritti su terre collettive e di uso civico*, in *Cellulosa e carta*, a. 1990, p. 35 ss. (ora, con intitolazione diversa: *Usi civici: proposte di leggi eversive ed esigenze di chiarezza*, in *Rivista di diritto agrario*, LXIX (1990), P. I, p. 592 ss.).

(108) Ci riferiamo a: *Per una nuova legge sulla montagna-Relazione e Proposte del Comitato Consultivo Montagna presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri* approvate il 25 febbraio 1991, stampate e diffuse in proprio dalla stessa Presidenza.

(109) È il Seminario a cui si accenna nella nota al titolo di questo saggio.

(110) Su un piano rigorosamente storico-giuridico molto ci sarebbe da dire sulla scelta di questo Progetto nel riconoscere a tutte le organizzazioni gestorie comunitarie di beni collettivi agro-silvo-pastorali «la personalità giuridica di diritto privato» (art. 6, n. 1).

ancora una volta di fronte a un tentativo di liquidazione larvata. Che gli assetti collettivi non siano dei semplici condominii privati e che i loro patrimonii abbiano rilevanza per tutto un intero territorio non è agevolmente smentibile; si resta però nella solita incomprensione statualistica quando si delega all'ente Regione l'emanazione di norme, dimostrando il permanere di una nozione di 'pubblico' angusta e unilaterale. L'incomprensione è, poi, totale quando si vuole forzosamente imporre una partecipazione alla gestione comune «dei rappresentanti liberamente scelti da tutte le famiglie stabilmente residenti nel territorio sede dell'organizzazione» (111) calpestando quella congiunzione sangue/lavoro/terra da cui son nate, per esempio, le Regole Ampezzane, e su cui sempre si sono basate come sul più sicuro fondamento antropologico. La immissione negli organi gestionali di semplici residenti non potrebbe che portare a un profondo snaturamento, smentendo una tradizione perennemente osservata.

Io credo che si debba avere, ormai, il coraggio di urlare sopra i tetti che questa non è materia di interventi legislativi, che oggi gli errori commessi nel 1927 sarebbero ancor più imperdonabili. L'unico augurio schietto che si può formulare è che il legislatore taccia, rispettando dei confini giuridici che si pongono assai netti. Sarebbe, finalmente, un atteggiamento di grossa consapevolezza culturale. Altrimenti, si continuerà in Italia a collezionare guasti sempre più irreparabili. E si sarà responsabili della condanna a morte di una porzione vitale e originale della nostra esperienza giuridica.

(111) Art. 6, n. 4, B.

INDICE SOMMARIO

NOTE INTRODUTTIVE
(Quasi un rendiconto)

pag.

1. Le ragioni di una raccolta 1
2. Il contenuto della raccolta 11
3. Le ragioni di una intitolazione 13
4. I tratti sostanziali della raccolta 14
5. Parole conclusive fra episodio e storia 18

NATURALISMO E FORMALISMO NELLA SISTEMATICA MEDIEVALE DELLE SITUAZIONI REALI

. 21

'DOMINIA' E 'SERVITUTES'
(Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)

1. Definizione del tema 57
2. Intuizioni, incertezze, aporie nel setaccio della Glossa accursiana 61
3. Percezioni ultramontane 78
4. Un chiarimento di Dino del Mugello 83
5. Bartolo e il disegno del sistema; 'dominia' e 'servitutes' come 'opposita' . . 86
6. La complessa riflessione baldesca 93
7. Sistemazioni e approfondimenti nell'itinerario dottrinale del Quattrocento:
   a) *Dominium, dominium rei, dominium iuris* 111
   b) Il problema dell'usufrutto come *pars dominii* 113
   c) *Servitus* e *dominium* 118
   d) *Servitus* e *dominium utile* 120

'USUS FACTI'
(La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova)

Fondazioni per un discorso nuovo.

1. Proprietà e povertà: una disputa inaugurale dell'età nuova 123
2. Consapevolezza giuridica del discorso dei teologi sulla povertà 129
3. Una testimonianza paradigmatica: la decretale «Exiit qui seminat» tra istanze medievali e consapevolezze nuove 134
4. «Facultas dominandi»: la fondazione teologica e psicologica della sociologia francescana 141

«Jus vel dominium».

1. Il volontarismo francescano e la sua incidenza nell'analisi della realtà sociale. Il diritto come realtà dominativa 150
2. La costruzione volontaristica del *dominium* 153
3. Il *dominium* come *proprietas* 162
4. *Proprietas e proprietarietas*: contributo alla caratterizzazione sociologica del proprietario 164

Usus.

1. La nozione di «usus». «Usus» e «jus utendi» 171
2. «Usus» e «necessitas». La nozione di «usus facti» 175
3. «Usus» e «usus pauper» 177

Proprietà e povertà nelle trame di un discorso innovativo 183

'GRADUS IN DOMINIO'
(Zasius e la teorica del dominio diviso)

1. Tipicità storica dell'approccio di Zasius al problema della proprietà 191
2. La definizione zasiana di *dominium* 194
3. Zasius e la teorica del dominio diviso 197
4. Usufrutto e dominio utile 201
5. Il *dominium utile* come *dominium* 206
6. *Unum dominium* e *duplex dominium* nella visione compositiva di Zasius . . 208
7. Complessità e aporie del messaggio zasiano 213

IDEOLOGIA E TECNICA IN UNA DEFINIZIONE GIURIDICA
(La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas)

1. La definizione obertina di feudo nella interpretazione del diritto comune: *a*) la situazione reale del feudatario come dominio utile 217
2. La definizione obertina di feudo nella interpretazione del diritto comune: *b*) sulla inadeguatezza tecnica dell'usufrutto a cogliere la situazione reale del feudatario 222
3. La riflessione sulla situazione reale del feudatario nel dibattito cinquecentesco: il discorso inaugurale di Charles Dumoulin 224
4. Il feudo come *quasi-dominium*: Le Douaren e Baron 232
5. Il feudo come usufrutto: le venature ideologiche della costruzione di Cujas 234
6. Dopo Cujas: dominio utile, quasi-dominio, usufrutto 242

LA CATEGORIA DEL DOMINIO UTILE E GLI *HOMINES NOVI* DEL QUADRIVIO CINQUECENTESCO

1. Sulla storia del dominio utile nel Cinquecento 247
2. 'Nullum est dominium directum, nullum utile' 249
3. *Dominium utile, quasi dominium, ius dominio proximum* 253
4. Il dominio utile come espressione della prassi giuridica 259
5. L'accettazione del dominio utile 265
6. La giustificazione del dominio utile 272

LA PROPRIETÀ NEL SISTEMA PRIVATISTICO DELLA SECONDA SCOLASTICA

I. Il discorso sulla proprietà e il suo impianto giuridico. I teologi e la tradizione giuridica 281
II. Fondazioni culturali del discorso sulla proprietà: l'eredità volontaristica . 284
III. Soggetto e beni nella strutturazione del sistema privatistico 292
IV. Fondazioni antropologiche della proprietà: la continuità logica tra il 'me' e il 'mio' 297
V. Visione ontologica del *dominium*: il problema dell'isolamento concettuale del 'mio' 307
VI. La proprietà come posizione di libertà del soggetto e i suoi caratteri tipizzanti: la *ratio independentiae* e la *ratio superioritatis* 311

VII. Ancora sui caratteri tipizzanti: la proprietà nell'area del *libitum* e del *commodum* 317
VIII. *Ad omnem usum*: il contenuto del *dominium* e la nozione di *usus* 324
IX. Titolarità ed esercizio nell'analisi del diritto soggettivo di proprietà. . . . 338
X. Esercizio della proprietà e intervento del potere costituito. 344
XI. Esercizio della proprietà e divisione della proprietà: il problema del dominio utile 350
XII. La definizione della proprietà: la prima riflessione postumanistica e il contributo del volontarismo teologico 363
XIII. La definizione della proprietà: il realismo gesuitico e l'aggancio alla tradizione giuridica 367
XIV. *Dominium in genere* e *divisio rerum* 371
XV. A mo' di conclusione 377

UN PARADISO PER POTHIER
(Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')

1. Inezie metodiche 385
2. Pretese 'virtù' per un immeritato paradiso 388
3. Robert-Joseph Pothier nella nicchia dell'antico regime 390
4. «Domaine de propriété» e dominio diviso 407
5. La struttura della proprietà: un diritto astratto? 414
6. La sistemazione di Pothier: una teoria generale della proprietà? 426
7. Pothier e il 'moderno' della proprietà 429

TRADIZIONI E MODELLI NELLA SISTEMAZIONE
POST-UNITARIA DELLA PROPRIETÀ

Introduzione: La proprietà ottocentesca e il suo modello 439

I. *Presenze condizionanti:*

1. L'eredità medievale. La persistenza del modello del diritto comune. 447
2. Ambivalenze nelle sistemazioni normative dei Codici. 453
3. La riflessione esegetica, la sua retrodatazione culturale, le sue ambiguità . . 459
4. Il messaggio romagnosiano 469
5. L'analisi di Rosmini in tema di proprietà 482

II. *L'analisi della proprietà nella paleocivilistica post-unitaria:*

1. I paleocivilisti italiani: personaggi fra due culture 490
2. La 'filosofia' della proprietà e le sue certezze 496
3. La proprietà-archetipo e le sue molteplici derivazioni 500
4. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e limitabilità . . . 509
5. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e divisibilità. La 'proprietà perfetta' come diritto complesso 516
6. Proprietà e diritto reale. La nozione di frazione della proprietà. La nozione di proprietà 'imperfetta' 528
7. La detipicizzazione del *mio* giuridico 533

III. *Nuovi itinerari di ricerca:*

1. Incrinature, incertezze, disarmonie 539
2. Le fondazioni culturali del rinnovamento 544
3. Emersione d'una analisi nuova 555
4. Filomusi Guelfi, ovvero la curiosità intellettuale della comparazione 563

RESISTENZE DI MODELLI CULTURALI
NELLA DOTTRINA GIURIDICA OTTOCENTESCA:
LA NOZIONE DI USUFRUTTO
NELLE RIFLESSIONI CIVILISTICHE FRANCESE E ITALIANA

1. Resistenze di risalenti modelli culturali: l'usufrutto nella nicchia della proprietà 571
2. Proprietà e usufrutto nella riflessione esegetica francese 577
3. Proprietà e usufrutto nella paleo-civilistica italiana 585
4. In particolare, di una significante reliquia: l'usufrutto causale 593
5. In particolare, della disputa sulla ipotecabilità dell'usufrutto causale 597

LA PROPRIETÀ E LE PROPRIETÀ
NELL'OFFICINA DELLO STORICO

1. La proprietà e le proprietà: un ripensamento teorico e il suo significato per lo storico del diritto 603
2. La proprietà e le proprietà: la cultura dell'appartenenza e i condizionamenti monoculturali per lo storico del diritto 606
3. La proprietà e le proprietà: condizionamenti di archetipi culturali. L'appropriazione individuale e il suo modello napoleonico-pandettistico 609

4. La proprietà e le proprietà fra isolamenti tecnico-giuridici e soffocamenti economicistici 613
5. Storia delle proprietà e storia agraria 617
6. La storia delle proprietà e il suo recupero giuridico. Storia delle proprietà e fonti catastali 620
7. Un sentiero da percorrere: la proprietà come mentalità giuridica 624
8. La storia delle proprietà all'insegna della discontinuità: 'medievale' e 'moderno' come universi distinti 630
9. Officina medievale 633
10. Il dominio utile: una mentalità profonda 637
11. Dominio utile, proprietà e *iura in re aliena* entro il sistema del diritto comune 643
12. L'inaugurazione di una proprietà 'moderna' 648
13. Per una definizione del 'moderno' nella proprietà: semplicità e astrattezza . 651
14. Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Qualche considerazione sul quadrivio cinquecentesco. Un cenno necessario: Pothier nel bozzolo di un luogo comune 657
15. Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Il 'Code Napoléon': un palinsesto giuridico 660
16. Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Il nuovo modello tecnico della Pandettistica 663

LA CULTURA GIURIDICA DI GIOVANNI ZUCCONI

1. Avvio alla comprensione di un personaggio singolare 667
2. Giovanni Zucconi nella nicchia della provincia camerte 670
3. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: le rilevazioni per la «Inchiesta agraria» 673
4. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: l'esperienza forense . . 675
5. Il «Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerali» e le sue fondazioni culturali 678
6. 30 marzo 1886: la relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi . . 681
7. Sulla singolarità del messaggio culturale di Giovanni Zucconi e sulle sue matrici 685
8. Proprietà collettiva e cooperazione: le venature operative del messaggio culturale di Zucconi 687
9. Zucconi e l'Università di Camerino negli anni Ottanta 691

ASSOLUTISMO GIURIDICO E PROPRIETÀ COLLETTIVE

1. Il tempo dell'assolutismo giuridico 695
2. Il problema di una 'proprietà collettiva' nel tempo dell'assolutismo giuridico: sordità, furori iconoclastici e liquidazioni fino alla legge di riordinamento generale del 1927 697
3. E dopo la legge del 1927 704
4. Le tracce d'un sentiero nuovo: *a*) la riflessione e l'azione di Giangastone Bolla 712
5. Le tracce d'un sentiero nuovo: *b*) l'art. 34 della legge 25 luglio 1952 n. 991. 718
6. Le tracce d'un sentiero nuovo: *c*) nuovi atteggiamenti giurisprudenziali . . 720
7. *Condominium iuris germanici*: un fantasma benefico 723
8. Alterità dello schema giuridico della proprietà collettiva: la proprietà collettiva e il suo alveo culturale 731
9. Memoriale sommesso per l'interprete odierno 739

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991), (dedicato a François Geny) (*in preparazione*)

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 La « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564

41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755