

Maria Miceli - Laura Solidoro

In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica



Giappichelli

PREMESSA

Si torna a discutere di proprietà. Infatti, al di là di ogni possibile previsione, la storia del «terribile diritto»¹ si coniuga con quello dei Diritti fondamentali dell'Uomo.

La prospettiva individuale dell'assolutezza, cristallizzata nella tradizione codicistica, il contenuto prevalentemente economico del diritto di proprietà, disciplinato dalla Costituzione, si intrecciano oggi profondamente con la prospettiva della tutela e valorizzazione del soggetto che ne è titolare, in conformità alle previsioni della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU) e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza).

Si pone in evidenza un 'legame tra persone e beni' che non può essere rescisso, ma può essere recuperato tramite una valorizzazione della persona nella sua pienezza costituzionale, nell'ottica dell'integrale recupero di quei diritti fondamentali, la cui trama determina la struttura essenziale e costitutiva dei moderni ordinamenti giuridici.

Tale nuova prospettiva di tutela si associa al pluralismo degli ordinamenti giuridici, al sistema costituzionale multilivello, all'incrocio delle tutele e degli organi giurisdizionali che ne assicurano la realizzazione.

Di conseguenza, la storia millenaria dell'istituto – che trova il suo momento di avvio nell'esperienza storica del diritto romano – si confronta con questa nuova e complessa dimensione del diritto e degli ordinamenti giuridici che, contro ogni apparenza, non sembra negarla ma anzi arricchirne contenuti e prospettive.

Risultano significative, a tal proposito, le parole dell'Avvocato Generale Trabuc – chi che, nelle sue conclusioni davanti alla Corte di giustizia CE nella causa 4/73², per chiarire il ruolo e l'importanza dei principi generali del diritto europeo afferma senza esitazioni: «Il rispetto dovuto alla libertà, alla

¹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.

² Corte di Giust. CE, *Sent.* del 14 maggio 1974 (Nold/Kommission) – causa 4/73.

proprietà, all'affermazione dei principi di uguaglianza, di non discriminazione, di proporzionalità ... fanno parte di quella concezione del diritto che inquadra e regge tutto il sistema comunitario ... In sostanza si tratta sempre di quei principi, *quorum causa omne ius constitutum est*: li ritroviamo negli antichi diritti, come la ragione scritta della convivenza umana, li ritroviamo nei codici dell'Occidente, che appunto sono stati concepiti per fissare in articoli la validità di tali affermazioni; li troviamo ora, più solennemente proclamati, nelle moderne costituzioni ... Di fronte a tali principi, si deve fermare rispettosa l'attività dei poteri comunitari ...».

Nell'«officina dello storico»³, allora, si può continuare a lavorare e discutere della proprietà, nella valorizzazione della Tradizione giuridica, dei suoi percorsi di continuità e discontinuità.

Così, abbiamo deciso di raccogliere alcuni nostri contributi sul tema, singolarmente pubblicati su Riviste, in Studi collettanei o in Atti di Convegni e Seminari, per comporli in un quadro non certo esaustivo e sistematico, ma volto a riproporre alcuni segmenti dei percorsi di riflessione e studio relativi alla definizione, tutela e riconoscimento della proprietà nell'ambito del diritto romano e della tradizione romanistica.

I saggi qui raccolti sono stati oggetto di una parziale rimediazione e di aggiornamento bibliografico, che preludono ad un futuro lavoro, già in corso, di ulteriore rielaborazione e approfondimento delle tematiche trattate.

Palermo-Salerno, ottobre 2021

Maria Miceli

Laura Solidoro

³ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2016.

CAPITOLO I

LE DEFINIZIONI DELLA PROPRIETÀ
NELLA STORIA GIURIDICA EUROPEA *

Laura Solidoro

SOMMARIO: 1. Le visuali romane e medioevali. – 2. Tra Costantino e Bartolo. – 3. Il contributo dei Culti. – 4. Proprietà e libertà. – 5. Il ritorno al modello romano. – 6. L'art. 544 del Codice civile francese. – 7. Uno sguardo sulle altre codificazioni moderne. – 8. Realtà e suggestioni dell'eredità romana sulle esperienze contemporanee.

1. *Le visuali romane e medioevali*

Per quanto ci risulta, i Romani non formularono alcuna definizione del diritto di proprietà, forse per la loro notoriamente scarsa propensione verso le astrazioni dogmatiche, forse per la straordinaria fluidità dell'istituto in parola, che, sin dalle sue origini, subì continue e cospicue trasformazioni, sempre puntualmente registrate dalla scienza giuridica. Ciò non ha impedito di ricostruire, con un alto grado di attendibilità, le concezioni che nel lungo corso dell'esperienza giuridica romana si susseguirono e si alternarono, in ordine alla forma più intensa dell'appartenenza dei beni¹.

* Questo studio costituisce la versione rielaborata, integrata ed aggiornata di un articolo pubblicato in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, *Teoria generale, Storia del Diritto, Diritto pubblico*, a cura di N. Crisci, Milano, 2005, 749-773, con il titolo *Note storiche sulle definizioni della proprietà*.

¹ Sul tema, la bibliografia è sconfinata; per alcuni aspetti di tale problematica, per le esegesi testuali e per il relativo ragguaglio bibliografico mi limito a rinviare a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri, 'negotia' e 'actiones' nell'esperienza romana arcaica*, Atti del Convegno Internazionale di diritto romano, Copanello, 12-15 maggio 1982, Napoli, 1984, 53 ss.; A. CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in AA.VV., *La proprietà e le proprietà*, Atti del Convegno di Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 3 ss.; G.

Con riguardo all'età arcaica, si è inclini a ritenere che le situazioni potestative di tipo assoluto fossero già in origine comprese all'interno di un potere unitario (*ius*, o *mancipium*, o *manus*), riconosciuto al *pater familias* sulle persone e sulle *res*, in probabile considerazione della sua originaria 'sovranità'². A questa antica signoria, però, non corrispondeva un regime giuridico unitario; al contrario, il potere 'sovrano' del *pater* si articolava in una pluralità di schemi giuridici, tra loro ben diversificati in ragione della natura dell'oggetto³. Per altro verso, l'antico dominio, oltre a mancare della caratteristica dell'unitarietà, difettava anche – in buona misura – dell'assolutezza⁴: si

WESEMBERG-G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, trad. it. Padova, 1999, 56 ss.; M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, Roma, 2013, spec. 35 ss., 53 ss., e a quanto da me già esposto: L. SOLIDORO, 'Abstraktes Eigentum' e forme di appartenenza fondiaria nell'Impero romano, in *SDHI*, 67, 2001, 135 ss., i cui contenuti, revisionati e aggiornati, sono riprodotti *infra*, cap. III; EAD., *Riflessioni sulla struttura della rivendica romana e sulla prova della proprietà*, in AA.VV., 'Philia'. Scritti per Gennaro Franciosi, IV, a cura di F.M. D'Ippolito, Napoli, 2007, 2473 ss., i cui contenuti, con modifiche, si ritrovano *infra*, cap. IV; EAD., 'Proprietà relativa', 'proprietà assoluta' e onere probatorio nei giudizi di rivendica, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, I, Napoli, 2010, 235 ss., anch'esso qui riproposto, con alcune variazioni e rielaborazioni, di seguito, al cap. V. Data la vastità delle tematiche illustrate in estrema sintesi nel corso di questo paragrafo, mi limiterò a segnalare le fonti essenziali e pochi contributi fondamentali, ai quali ultimi rimando il lettore per ulteriori dettagli. Sulle possibili ragioni per le quali i giureconsulti romani non pervennero – per quanto ci risulta – ad una compiuta definizione del diritto proprietà, v. ora la sintetica rassegna delle diverse opinioni in B. CORTESE, *L'estensione della proprietà: limiti in funzione dell' 'utilitas publica'*, in AA.VV., *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 405 ss., spec. 423 ss.

² Questa la tesi – a mio avviso ancora oggi condivisibile – di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, rist. Milano, 1963 (da cui cito), 7 ss., 91 ss.; ne costituiscono fondamentale base testuale Cic. *de re publ.* 1.35.54; 1.35.56.

³ Rinvio, sul punto, a quanto illustrato in L. SOLIDORO, 'Proprietà relativa', 'proprietà assoluta', cit. (*infra*, cap. V); essenziale, al riguardo, la lettura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Patria potestà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 242 ss.; A. CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza*, cit., 3 ss., sulle cui tesi è tornata di recente con nuove riflessioni M. MICELI, *op. ult. cit.*, 35 ss., 51 ss.

⁴ Non è questa la sede per affrontare la *vexata quaestio* circa la natura 'relativa' o 'assoluta' della proprietà arcaica, o piuttosto sulla natura relativa soltanto della sua tutela, tema su cui rinvio, anche per la discussione di fonti e lett., a quanto espongo in 'Proprietà relativa', 'proprietà assoluta', cit. (*infra*, cap. V); mi limito qui a ricordare come, secondo una opinione largamente diffusa (ma non unanime), la proprietà arcaica presentava prevalenti caratteri di relatività, accanto ad alcuni, innegabili aspetti di assolutezza ('assoluta' doveva considerarsi, ad es., sin dai primordi, l'appartenenza dei beni presi al nemico); costituiscono letture essenziali, sul tema, M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2ª ed., Köln-Graz, 1956; ID., *Über 'relatives Eigentum' im altrömischen Recht*, in *ZSS*, 102, 1985, 1 ss.; G. DIÖSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, 80 ss., 96 ss.; in chiave fortemente critica, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la forma-*

pensi soprattutto alla disciplina delle terre gentilizie, oggetto di appropriazione collettiva, in quanto tale legata a un tipo di appartenenza non assoluta, e pertanto non caratterizzata dallo *ius excludendi*, per la concorrente e paritaria facoltà di sfruttamento di diversi soggetti sullo stesso bene⁵. Ciò consente di ritenere, con riferimento all'età arcaica, che il mito di una antica proprietà romana unitaria, assoluta, libera e illimitata sia senz'altro da sfatare.

È solo con il volgere dell'età repubblicana che si affermò il carattere unitario e assoluto dell'appartenenza⁶: tra i secoli II e I a.C. fecero la loro comparsa la nozione e la terminologia del *dominium ex iure Quiritium*, secondo quanto indirettamente attesta Gaio, in un celeberrimo passo delle *Institutiones*, che costituisce anche quanto di più vicino abbiamo, nelle fonti romane, ad una definizione della proprietà di età tardo-repubblicana:

Gai 2.40: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisquis est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esset ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

Dal brano gaiano si evince che la unitarietà e l'assolutezza del *dominium*, tanto lentamente raggiunte sul finire dell'età repubblicana, si erano pressoché immediatamente incrinata: al tempo in cui Gaio scriveva, questa esperienza si poteva considerare appartenente al passato («*olim*»), perché con l'ingresso nell'ordinamento giuridico romano di una nuova forma di appartenenza (l'*in bonis esse*), il *dominium* si era nuovamente scisso, subendo una «*divisio*»⁷.

zione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana, I, Milano, 1969, 123, nt. 201; ID., voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 189 ss., il quale contesta la raffigurazione di una antica proprietà fondiaria intangibile ed assoluta, libera da limiti derivanti dalle esigenze collettive.

⁵ Cfr. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, 13 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La proprietà in Roma, dalla fine del sistema patriarcale alla fioritura dell'ordinamento schiavistico*, in ID., *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi*, I, *Età arcaica*, Roma, 1981, 135 ss., con discussione delle fonti e della prec. lett.

⁶ Sulla comparsa di una terminologia specifica per qualificare la figura del proprietario (*erus*, e, successivamente, *dominus*) e poi la nozione astratta della proprietà (*dominium ex iure Quiritium*) v., oltre quanto esposto nei contributi citati alla nt. 1, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà (dir. rom.)*, cit., 160 ss., spec. 186 ss.; G. PUGLIESE, 'Dominium ex iure Quiritium' – *Eigentum* – *Property*, in ID., *Scritti giuridici scelti*, IV, *Problemi di diritto vigente*, Napoli, 1986, 9 ss.

⁷ Per una trattazione più ampia, si rinvia ai contributi citt. alla nt. 1, ove fonti e bibliografia, cui adde G. NICOSIA, 'Ex iure Quiritium', Catania, 2018, 166 ss.

Sappiamo bene che non si trattò di un una fase transitoria: la vicenda istituzionale legata alla figura del *duplex dominium* (Gai 1.54) costituì soltanto l'inizio di una progressiva frantumazione dei rapporti proprietari, che si sarebbe incessantemente evoluta e protratta fino alla fine dell'età medioevale. L'ambiguo regime delle terre pubbliche, l'osmosi tra diritto romano e diritti provinciali, il conseguente offuscamento della contrapposizione romano-classica tra *dominium* e *possessio*, dal II al V sec. d.C. produssero il ritorno ad una nozione pluralistica e 'relativa' dell'appartenenza, per qualche aspetto accostabile a quella che aveva caratterizzato i primordi di Roma⁸.

Si dovette attendere l'ascesa al trono di Giustiniano, perché il quadro dei rapporti proprietari fosse riportato alla nitidezza faticosamente acquisita nella tarda Repubblica. Animato da una profonda ammirazione per il diritto romano classico, l'Imperatore rifiutò con decisione di applicare modelli giuridici estranei e contrastanti con la concezione del *dominium ex iure Quiritium*, riaffermando vigorosamente la nozione unitaria e assoluta della proprietà, cancellando ogni riferimento all'*in bonis esse* e al *duplex dominium*, riproponendo una netta distinzione tra il *dominium* e la *possessio*⁹.

Ma, nel perseguire questo intento, Giustiniano andò ben oltre i livelli di astrazione e di compattezza propri dell'esperienza giuridica dell'ultima età repubblicana, accentuando in modo molto più intenso quei caratteri che soltanto *in nuce* avevano connotato l'antico *dominium ex iure Quiritium* come un potere assoluto e compatto. Così, attraverso le radicali riforme dell'imperatore bizantino, la categoria del *dominium* raggiunse un livello di unitarietà e di astrattezza incommensurabilmente più elevato di quello originario. Nelle Istituzioni e nei Digesti la proprietà (e specie la proprietà della terra) venne rappresentata come ambita, produttiva, libera da pesi ed esclusiva. Eppure, numerosi dati testuali coevi contraddicevano inequivocabilmente questa configurazione. Le altre parti del *Corpus Iuris Civilis* meno legate al pensiero

⁸Essenziali al riguardo le ricerche di A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, II, *Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *Studi senesi*, 54, 1940, 276 ss.; C.A. CANNATA, *'Possessio' 'possessor' 'possidere' nelle fonti giuridiche del Basso Impero romano*, Milano, 1962; P. VOCI, *Nuovi studi sulla legislazione romana del Tardo Impero*, Padova, 1989, 3 ss. V. anche le considerazioni già svolte in L. SOLIDORO, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, 244 ss.

⁹Su significato e contenuti della riforma giustiniana, v. soprattutto L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di 'usucapio' e 'longi temporis praescriptio' fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR*, 35-36, 1993-1994, 147 ss.; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, 547 ss.; ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2005, 131 ss. Il complesso tema del classicismo giustiniano è stato di recente nuovamente discusso da L. VACCA, *Giustiniano tra volgarismo e classicismo*, in *Koinonia*, 40, 2016, 69 ss.

tradizionale, cioè il Codice e le Novelle, descrivevano l'appartenenza fondiaria come organizzata in *possessiones* di diversa intensità (dunque, secondo gli schemi, tipici delle concezioni elleniche e franco-germaniche, della 'proprietà divisa' e della 'proprietà relativa'), alle quali risultava del tutto estranea la tripartizione classico-giustiniana *dominium-servitutes-possessio*¹⁰. Per altro verso, i copiosi resoconti delle fonti letterarie sullo stato di crisi dell'agricoltura non davano adito a dubbi: la realtà della condizione economica e giuridica delle terre nel Tardoantico era quella, confusa e tormentata, che veniva illustrata nei testi legislativi del Codice e delle Novelle.

Il netto contrasto sussistente tra le varie parti del *Corpus Iuris Civilis* assume allora un significato molto chiaro: l'Imperatore aveva tentato di forzare all'interno di una sistematica ispirata a elementi del diritto romano classico l'organizzazione fondiaria del VI secolo, che però, per le sue peculiari caratteristiche, era di fatto assolutamente incompatibile con l'antica tassonomia.

Per conseguenza, l'ambiziosa operazione di ripristino delle categorie classiche, in ambito proprietario, si rivelò completamente effimera. L'ultima legislazione novellare evidenzia come, mentre ancora Giustiniano era in vita, la prassi dei tribunali faceva riferimento al grave stato di crisi e di dissoluzione dei rapporti agrari, e non certo all'idilliaco quadro teorico risultante da Istituzioni e Digesti. Poi, nell'alto Medioevo, l'applicazione di un concetto unitario e assoluto di proprietà divenne definitivamente inattuabile. Nell'organizzazione terriera feudale, l'unica forma di appartenenza piena e unitaria, di stampo giustiniano, fu l'«alodio», radicatosi soprattutto nel Sud della Francia¹¹. Altrove, la struttura feudale impedì la ricomparsa di una proprietà di tipo romano-classico¹².

Con la rinascita dello studio scientifico del diritto, tra i secoli XII e XIV, Glossatori e Commentatori teorizzarono questa realtà. Avendo assunto come punto di riferimento la compilazione giustiniana, gli interpreti medioevali si sforzarono soprattutto di inquadrare nella sistematica romana i nuovi schemi

¹⁰ V. sul punto F. SITZIA, *Il diritto di proprietà nelle Novelle giustiniane*, in AA.VV., *La proprietà e le proprietà*, cit., 121 ss.; sul delicato problema del rapporto fra il diritto giurisprudenziale classico, il diritto tardoimperiale e le riforme di Giustiniano, rinvio alle attente considerazioni di L. VACCA, *op. ult. cit.*, 69 ss. e in particolare, per i temi qui trattati, 79 ss.

¹¹ Ampiamente, sul tema, É. CHÉNON, *Étude sur l'histoire des alleux en France*, Paris, 1888.

¹² V., con ragguagli bibliografici, A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property-Propriété-Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, spec. 191 ss., 261 ss. Per l'esame delle fonti, v. soprattutto G. DIURNI, *Le situazioni possessorie nel Medioevo. Età longobardo-franca*, Milano, 1988, con ampia disamina di documenti della prassi.

giuridici (di matrice franco-germanica), in base ai quali era avvenuta la riorganizzazione dei rapporti agrari in Italia e nel resto dell'Europa. Si trattava di una operazione di raccordo tra sistemi soltanto apparentemente eterogenei, dal momento che, come si è accennato, anche la proprietà romana aveva rivestito, in alcune fasi storiche, i connotati di relatività e divisione, in qualche misura comuni alle forme dell'appartenenza dei beni nell'esperienza ellenica e franco-germanica. Perciò, fu sufficiente che i Maestri medioevali rivolgessero la loro attenzione ai numerosi testi romani (giurisprudenziali e legislativi) in cui quelle concezioni ancora affioravano. Vennero così messe in rilievo alcune fonti giuridiche tarde, nelle quali si riconosceva all'enfiteuta, qualificato *dominus* (CI. 11.62.12), l'esercizio di un'*actio in rem utilis*. Fu per questa via che i Dottori medioevali teorizzarono la scissione del dominio in 'dominio diretto' (riconosciuto al titolare del diritto, cioè, per esempio, al signore che concedeva la terra al vassallo), cui corrispondeva la tutela processuale della *vindicatio directa*, e 'dominio utile' (consistente nel godimento del bene e nella percezione dei frutti). Il dominio utile (detto così perché l'utilista, nell'ottica del diritto romano, poteva esperire la *vindicatio utilis*) fu progressivamente riconosciuto a enfiteuti, superficiari, vassalli, precaristi, conduttori a lungo termine, usufruttuari¹³.

2. Tra Costantino e Bartolo

È paradossale che il ritorno al modello romano classico e giustiniano del dominio – almeno su di un piano teorico – sia stato preparato dalla riflessione scientifica di due celebri Dottori, che pure scrissero nel periodo in cui, in

¹³Tra la vastissima lett. in materia di dominio diviso, mi limito a citare E. MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XV^e siècle dans les romanistes. Étude de Dogmatique juridique*, in AA.VV., *Mélanges Fitting*, II, Montpellier, 1908, 409 ss.; P. OURLIAC-J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, II, Les biens, Paris, 1961, 144 ss.; R. FEENSTRA, *Les origines du 'dominium utile' chez les Glossateurs*, in ID., *Fata iuris Romani. Études d'histoire du droit*, Leiden, 1974, 215 ss.; F. PASTORI, *Il doppio dominio dei Glossatori e la tradizione romanistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, VI, Torino, 1974, 307 ss.; P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992; G. DIURNI, *Le situazioni possessorie*, cit., con ampi ragguagli sulla Gewere e sui mezzi di difesa delle varie forme di appartenenza dei beni; E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2001, 296, 310 s.; per i vantaggi dell'applicazione della scissione tra *dominium directum* e *dominium utile* ai beni ecclesiastici, v. J.-P. SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, 2^a ed., Milano, 2008, 31 ss. Sul nesso instaurato tra la *rei vindicatio utilis* romana e la figura medioevale del dominio utile, v. PLACENTINUS, *Summa Codicis*, Moguntiae, 1563, ed. an. Torino, 1962, fol. 114.

materia di regime fondiario, imperava la teoria del dominio diviso, di origine franco-germanica.

I primi spunti per un riavvicinamento alle logiche giustiniane si ritrovano nell'opera del grande Commentatore Bartolo (1314-1357), cui si deve la definizione «*Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur*»¹⁴. In questa notissima formula si possono isolare due elementi di rilievo. Innanzitutto, la definizione si pone in chiaro antagonismo con le due figure di dominio (diretto e utile) che già la Glossa e poi il Commento avevano distinto. Bartolo, infatti, aveva compiuto un'astrazione, rappresentando la proprietà come un potere di disposizione unitario, pieno ed esclusivo, e così facendo si era contrapposto alla pratica del suo tempo, piuttosto caratterizzata da una serie di relazioni tra persone che accampavano diversi diritti sullo stesso fondo, quali pretese a canoni, a servigi, a facoltà di godimento anche perpetuo: la proprietà allodiale – come si è accennato – costituiva all'epoca soltanto un'eccezione¹⁵. Quanto all'assolutezza del diritto di proprietà, il richiamo – non poco forzato – al diritto romano si operava, da parte di Bartolo, nel commento a

D. 41.2.17.1 Ulp. 76 ad ed.: *Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nibilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere rell.*,

testo nel quale il giurista severiano definisce esclusivamente la differenza tra proprietà e possesso.

Ma, soprattutto, la definizione del grande Commentatore si poneva come punto di svolta nella storia della proprietà europea per un'altra ragione: a Bartolo va ascritto il merito di avere fissato un nuovo elemento caratteristico della proprietà, poi divenuto stabile nel corso di tutta l'esperienza moderna,

¹⁴ BARTHOLUS A SAXOFERRATO, *Lectura super primam partem Digesti novi*, Venetiis, 1493 ad l. *Si quis vi* § *Differentia Dig. De adq. poss.* Sugli influssi esercitati dalla celebre definizione di Bartolo, v. ora O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in AA.VV., *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti e A. Schiavone, Torino, 2019, 89 ss., spec. 97 ss. Diliberto richiama l'attenzione (p. 97) anche sulla 'variante' di Duarenò, il quale, verso la metà del XVI secolo, definiva la proprietà come «*ius (...) plene ac libere disponendi, extra quam si quid lege prohibeatur*», in cui *libere* sostituisce il *perfecte* di Bartolo; sul punto, v. *infra*, nel testo.

¹⁵ Il rilievo è di B. BRUGI, *Della proprietà*, in AA.VV., *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da B. Brugi, I, Napoli-Torino, 1923, 25 s.; v. anche F. PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione 'Dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur'*, Firenze, 1886, rist. anast. Napoli, 1980, da cui cito, 44 ss. Sulla portata innovativa della definizione di Bartolo v. P. GROSSI, *op. ult. cit.*, 453 s., ed ora O. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, 97 ss.

cioè la limitazione delle facoltà del proprietario per opera della legge. Bisogna ammettere che questo principio non costituiva una intuizione assolutamente originale. Bartolo, infatti, citava al riguardo una fonte romana, più precisamente una *lex* di Costantino. Il provvedimento richiamato, tuttavia, non conteneva alcuna definizione della proprietà, ma sanciva piuttosto la necessità di rispettare i limiti imposti dalla legge in materia di alienazione del bene comune. La disposizione costantiniana (su cui si era innestato il commento di Bartolo) operava dunque in un contesto molto più specifico rispetto a quello di una definizione generale del diritto di proprietà, limitandosi a riconoscere al proprietario la facoltà di vendere parte del bene comune non necessariamente ai consorti, ma anche a estranei, sempre che una legge speciale non ne facesse divieto a determinate categorie di persone:

CI. 4.38.14, a. 391: *Impm. Grat. Valentin. et Theodos. aaa. Flaviano pp. Illyrici. Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent. Sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.*

Non si può affermare che il testo romano in questione fosse stato citato dal Maestro medioevale del tutto a sproposito, ma è evidente che la fonte aveva costituito per Bartolo un semplice ‘pretesto’ per giungere al risultato voluto. Era del resto tipico del *modus operandi* dei Commentatori che il legame logico tra il testo romano ed il Commento fosse non del tutto assente, ma sempre molto tenue, dal momento che le espressioni romane venivano estrapolate dalla loro sede originaria e riproposte in un contesto diverso.

La formula di Bartolo, benché ispirata a una proprietà ideale, in aperto contrasto con la realtà socio-economica e giuridica del suo tempo, riscosse un enorme successo: accolta dalla scienza giuridica italiana fino al XVI secolo, la definizione della proprietà sancita dalla Sacra Rota Romana fu, testualmente, proprio quella elaborata dal celebre Commentatore¹⁶. La formula ebbe larga risonanza anche presso i Culti¹⁷, e questo esito costituì per certi aspetti un paradosso, dal momento che gli Umanisti, a differenza dei Com-

¹⁶ *Sacrae Rotae Romanae decis. rec. in comand. red.*, Mediolani, 1730, II, *verb. Dominium in genere*.

¹⁷ Altri dati in B. BRUGI, *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, in AA.VV., *Studi senesi in onore di L. Moriani*, I, 1906, 129 ss., ora in ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Saggi*, Torino, 1915, 79 ss., 113 ss.

mentatori, studiavano il diritto romano nella prospettiva storica e filologica, non certo al fine prevalente di una sua applicazione pratica. Ma fu, forse, proprio la evidente frattura tra la realtà concreta dei rapporti proprietari dell'epoca e il disegno ideale vagheggiato da Bartolo a dare ingresso alla definizione del grande Commentatore anche nella Scuola culta.

3. *Il contributo dei Culti*

Giasone del Maino, la cui opera si colloca sul finire del XV secolo, a metà strada tra l'approccio pratico dei Commentatori e lo studio storico dei Culti, fece emergere un altro aspetto del diritto di proprietà, che alcuni secoli dopo sarebbe divenuto il cavallo di battaglia dei Giusnaturalisti: la *natura dominii*. La convinzione che la proprietà avesse una sua logica interna, 'naturale', cui la legge non doveva fare violenza, derivò a Giasone dalla lettura delle fonti romane: con riferimento a D. 43.26.12, in tema di precario ([...] *nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat*), Giasone commentava, introducendo un concetto astratto (non incompatibile con i contenuti del testo citato, ma ad esso estraneo), che ogni limitazione al *plenum ius dominii* si poneva *contra naturam dominii*¹⁸. E pure in Giasone tornava la citazione di CI. 4.38.14 (abolizione dell'obbligo di vendere parte del bene comune ai *consortes*), che consentiva al Maestro di concludere come fosse contrario al buon costume privare il proprietario della facoltà di disporre liberamente dei propri beni (*est contra bonos mores auferre domino liberam facultatem disponendi re sua*). Pertanto, *plena potestas est dominium absolute dictum cum alienandi potentia*¹⁹.

Il passaggio più significativo è però costituito dalla identificazione del diritto di proprietà con la 'libera disposizione del bene', concetto che Giasone riconduceva all'autorità delle fonti romane, citando una costituzione costantiniana emanata tra il 313 e il 315 (CI. 4.35.21). Si noti come nella fonte richiamata, ancora una volta, non venisse assolutamente in discussione il tema dei poteri riconosciuti al proprietario, bensì la questione – del tutto diversa – dei limiti di libertà imposti al mandatario nell'esplicazione dei suoi compiti, in relazione a cui la cancelleria costantiniana concludeva che, mentre 'per i propri affari ciascuno è libero di comportarsi come crede', il mandatario, il quale opera per l'altrui interesse, si deve ritenere responsabile per l'attività di gestione, anche con riguardo alle omissioni:

¹⁸ *Consilia IV, cons. 139, n. 13.*

¹⁹ *In primam Digesti novi partem Commentaria, Venetiis, 1598, ad l. naturaliter § nihil commune, De acq. poss. n. 19.*

CI. 4.35.21: *Imp. Const. a. Volusiano pp. In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.*

Il progresso successivo e definitivo verso la nozione moderna della proprietà veniva compiuto, negli stessi anni, dall'Umanista francese François Hotman, il quale, nel 1569, proponeva la seguente definizione: «*Dominium est ius ac potestas, re quapiam tum utendi, tum abutendi, quatenus iure civili permittitur. Nam, ut ait Imperator, rei quisque suae est arbiter et moderator*»²⁰.

Qui l'elemento nuovo è costituito dal riferimento allo *ius utendi et abutendi*, che viene innestato sulla tradizionale definizione di Bartolo. Il richiamo allo *ius utendi et abutendi* è tratto dalle fonti romane, ma anche in questo caso attraverso una notevole forzatura²¹, perché il testo ulpiano citato da Hotman concerneva non il diritto di proprietà, bensì il legato di usufrutto di cose consumabili, le quali – affermava il giureconsulto severiano – nel momento in cui vengono usate sono perdute, consumate, distrutte (D. 7.5.5.1 Ulp. 18 *ad Sab.*: *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt* rell.). Anche il richiamo a D. 5.3.25.11 non si può giudicare del tutto pertinente, in quanto l'espressione *re sua abuti* nell'originario testo ulpiano valeva a descrivere il comportamento di quanti dilapidano le proprie sostanze ([...] *quaecumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua se abuti putant* rell.). Un altro 'tradimento' del significato originario dei passi romani si ritrova nella parte finale della definizione, dove Hotman – similmente a Giasone del Maino – attribuisce a Costantino il riconoscimento di poteri assoluti e illimitati al proprietario in ordine ai suoi beni, mentre il testo legislativo, come già accennato, si riferisce alla libertà dei soggetti di agire nel modo in cui meglio credano nella gestione dei propri affari.

Nel complesso, l'attenta valutazione di queste letture notevolmente forzate, e addirittura deviate, dei testi romani induce un certo stupore. Gli Umanisti, infatti, a differenza dei Commentatori, studiavano il diritto romano con il prevalente intento di scoprire il vero spirito del diritto classico, dichiaran-

²⁰La formula è contenuta in *Commentarius de verbis iuris FRANCISCI HOTOMANI iurisconsulti*, Basileae, 1563 nonché in *FRANCISCI HOTOMANI iurisconsulti, Commentarius de verbis iuris antiquitatum romanarum elementis amplificatum*, Venetiis, 1564, 2ª ed., Lugduni, 1569; altri dettagli in F. PICCINELLI, *op. ult. cit.*, 86 s.; O. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, 98 ss.

²¹Lo rileva già F. STELLA MARANCA, '*Ius utendi et abutendi*', in *Riv. giur. abruzzese*, 1, 1915, 1 ss.

dosi assolutamente contrari a un recupero dei materiali antichi che fosse subordinato all'esigenza di un'applicazione pratica. È dunque paradossale che una intera sequenza di richiami testuali fortemente infedeli agli originali ci derivi proprio dal più agguerrito e intollerante tra i seguaci della Scuola culta, François Hotman. Ricordato soprattutto quale autore dell'opera *Antitribonianus*, Hotman vi accusava con toni violenti Giustiniano e Triboniano di esecrabili 'delitti' (*facinora Triboniani*): l'irrimediabile corruzione, con lo strumento delle interpolazioni, delle opere della giurisprudenza romana, al dichiarato fine di fornirne una versione aggiornata al diritto vigente nel VI sec. d.C. Eppure, la definizione della proprietà coniata da Hotman altro non è, a sua volta, che il risultato di una sapiente combinazione di materiali giuridici eterogenei, originariamente non pertinenti all'istituto del dominio.

La formula di Hotman non ebbe grande successo presso i giuristi contemporanei e immediatamente successivi, che continuarono a preferire la definizione di Bartolo. Ci vollero circa centocinquanta anni perché alla definizione del giurista francese fosse riconosciuto quel rilievo che le ha poi consentito l'ingresso nella maggior parte dei codici civili moderni. Il tramite tra lo scritto di Hotman e i codici moderni fu costituito dal pensiero giusnaturalista. Precursore può esserne considerato Grozio, il quale, citando ancora una volta CI. 4.35.21 – e in particolare il tratto *suae (...) quisque rei moderator atque arbiter* – affermava che la *natura* del *dominium* «consistit in libera facultate de re disponendi»²². Di nuovo vi era soprattutto l'accostamento dell'idea di libertà – *libera facultas* – ai poteri di disposizione del *dominus*; il tutto su uno spunto offerto quasi un secolo prima dal giurista francese Duarenò²³, cui va ascritto il merito di avere per primo introdotto il richiamo alla 'libertà' del proprietario, in quanto titolare di uno *ius plene ac libere disponendi*. Con Grozio, si stabilizzava in modo definitivo il binomio 'proprietà/libertà' e, con esso, il dogma della libera disponibilità²⁴ dei beni da parte del proprietario, adombrato da Hotman mediante il riferimento allo *ius tum utendi tum abutendi*.

4. Proprietà e libertà

Le ragioni di questa svolta erano fortemente ancorate ai problemi solleva-

²² Sul contributo di Grozio rinvio a F. PICCINELLI, *op. ult. cit.*, 59 s.

²³ V. *supra*, nt. 14.

²⁴ Per la semantica moderna e contemporanea di 'potere di disposizione', C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, 118 ss.

ti, all'epoca, dalle sorti delle proprietà immobiliari. La Scuola del diritto naturale si rese interprete della violenta insofferenza maturata, nel XVII secolo, verso i vincoli e i limiti di ogni sorta imposti dal sistema feudale; tra questi, particolarmente invisibili alla popolazione erano i pesi di diversa natura che gravavano su tutte le forme dell'appartenenza fondiaria²⁵.

Le nuove esigenze di libertà e l'ansia di affermazione dei diritti soggettivi si manifestarono, specialmente in Francia, attraverso le rivendicazioni borghesi. Per questa ragione, nei fautori del Giusnaturalismo, e specie ad opera di Pufendorf²⁶, il problema dell'appartenenza dei beni assunse un ruolo centrale: il *dominium* fu collocato tra i diritti naturali e, per conseguenza, la tutela della proprietà venne concepita quale oggetto di apposite norme positive²⁷.

Sul finire del XVII secolo, riprendendo e valorizzando un tema già introdotto da Cicerone nel *De officiis* (2.73-74, 78, 80-81), il filosofo inglese John Locke, padre del pensiero liberale, indicò la proprietà individuale (in contrapposto con la proprietà collettiva) come *simbolo della libertà*, descrivendola in termini consonanti con la tradizione romanistica dotta²⁸. Locke sottolineò in modo particolare l'importanza dello *ius abutendi*, già evidenziato da Hotman sulla base di una scaltra lettura delle fonti romane. A fronte del-

²⁵ Ampia trattazione in G. DIURNI, *Le forme giuridiche di appartenenza in tema fondiario tra vecchio regime e codificazione*, in *Arch. giur. sassarese*, 6, 1999, 7 ss.

²⁶ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, II, *Cum integris commentariis viro- rum clarissimorum J.N. Hertii atque J. Barbeyraci*, Francofurti et Lipsiae, 1759, lib. IV, capp. IV-XIII, 68 ss. In lett., C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, 1962, con ampia trattazione dei contesti storico-culturali immediatamente precedenti e successivi.

²⁷ Sul ruolo del Giusnaturalismo nella definizione del fondamento metapositivo della proprietà privata, v. A. GAMBARO, *La proprietà nel Common Law anglo-americano*, in A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property*, cit., 97 ss.; B. POZZO, *Eigentum*, cit., 289 ss., 294 ss., 300 ss., con altra bibliografia. Per le ricadute di queste dottrine sulla formulazione dell'art. 544 del Codice civile francese e su alcune successive codificazioni europee, F.P. CASAVOLA, *Dalla proprietà alla solidarietà. Appunti per una riflessione in tema di diritti individuali e sociali*, in *Pace, diritti dell'uomo e diritti dei popoli*, VII, 1993, 9 ss., ora in ID., *I diritti umani*, Padova, 1997, 19 ss., da cui cito, spec. 21 ss., 24 ss.; v. anche le considerazioni già svolte in L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne*, 2ª ed., Torino, 2010, 15 ss., 21 ss.

²⁸ Per un inquadramento sintetico ma estremamente puntuale del tema, si rimanda a O.T. SCOZZAFAVA, *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, 113 ss. Restano fondamentali C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano, 1982, spec. 229 ss.; T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *TSDP* (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), 4, 2011, sez. 'Contributi', spec. § 4 ss.; v. anche *infra*, nt. 29.

l'originario significato del vocabolo *abuti*, che nei testi romani viene utilizzato nel senso di 'consumare, perdere con l'uso', in Locke la formula *ius abutendi* assumeva invece il significato, destinato a divenire poi proprio di buona parte della successiva letteratura romanistica e civilistica, di 'diritto di consumare e di distruggere la cosa'²⁹.

Quanto c'era di realmente nuovo nel collegamento istituito da Locke tra proprietà e libertà, sull'autorità delle fonti romane? In realtà, come si è accennato, risale a Cicerone l'instaurazione – sebbene in termini molto sfumati – di un nesso tra la libertà dell'essere umano e l'esercizio del diritto di proprietà privata; un nesso esplicitato poi nel XV secolo dal francese Duareno. La novità apportata dalla dottrina di Locke consistette piuttosto nell'aver fatto confluire all'interno di un'unica concettualizzazione alcune espressioni – per vero eterogenee – di pensiero preesistenti. Il principale punto di riferimento del filosofo inglese fu costituito dalla celebre definizione di libertà, elaborata dal giureconsulto romano Florentino e conservata dai bizantini nei Digesti, sotto il titolo *De statu hominum*:

D. 1.5.4pr. Flor. 9 *inst.*: *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.*

A ben vedere, il passo del giureconsulto romano non attiene affatto alla materia proprietaria, bensì riguarda la contrapposizione tra liberi e schiavi. Florentino, in questo contesto, definisce l'ingenuo come colui il quale ha la 'naturale facoltà' di fare ciò che vuole, se non impedito con la forza o dal diritto³⁰. Ma, sostanzialmente, il successo della teoria liberale in materia pro-

²⁹ Dettagliata esposizione in J. TULLY, *A Discourse on Property: John Locke and his Adversaries*, Cambridge, 1980; A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 117 ss.; sulla proprietà come istituto privo di ogni connotazione sociale e intesa piuttosto in guisa di mera esplicazione della volontà individuale, v. in partic. O. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, *L'idea individuale*, Milano-Torino-Roma, 1911; C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, cit. Per il nesso tra libertà e proprietà, nel pensiero di Cicerone, rinvio a G. VALDITARA, *Saggi sulla libertà dei romani, dei cristiani e dei moderni*, Catanzaro, 2007, 51 ss.

³⁰ Sul testo, della cui genuinità ancora si dubita, in particolare con riferimento all'espressione *naturalis facultas*, v. soprattutto G. CRIFÒ, *Semitae et vestigia libertatis*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, 2007, 47 ss., spec. 61 ss.; A. MURONI, *Sull'origine della 'libertas' in Roma antica*, in *D@S*, 11, 2013, 1 ss. Le parole di Florentino riecheggiano in un celebre testo delle Istituzioni giustinianee (I. 1.3.1: *Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur*), al cui interno i compilatori fondono la *summa divisio de iure personarum* gaiana (Gai 1.9 ss.) con la definizione di *libertas* tratta dalle *Institutiones* di Florentino, ma pur sempre nel contesto della distinzione tra ingenui e schiavi: sul punto, C. RUSSO RUGGERI, *Studi su Teofilo*, Torino, 2016, 56 ss., con altra bibliografia.

prietaria nasce dal felice connubio, proposto da Locke, tra il testo di Florentino, la definizione del dominio coniata da Hotman, il riferimento all'intrinseca *natura dominii* di Giasone e alla *libera facultas disponendi* di Duareno. Attraverso questi passaggi – il cui elemento fondante è costituito dall'assegnazione al testo di Florentino di un significato generale, assoluto e astratto (rispetto alla sua ben circoscritta valenza originaria) – Locke costruì una teoria proprietaria formalmente basata sull'autorità delle fonti romane classiche, ma in concreto rispondente all'ideologia della borghesia in ascesa. In altri termini, la citazione – peraltro quasi sempre non pertinente – dei testi romani serviva a conferire prestigio a una immagine della proprietà incentrata sulla funzione individuale dell'appartenenza e priva, perciò, di ogni connotazione sociale.

Nel frattempo, le correnti giusnaturalistiche esplicitarono la tendenza a riproporre, accanto alla nozione 'romanistica' del *dominium*, anche la configurazione romano-classica dell'azione processuale di rivendica. Questo aspetto venne anzi particolarmente accentuato, perché l'esigenza di certezza e di sicurezza dei 'diritti naturali' si caratterizzò «nel porre la tutela dei diritti come obiettivo principale dell'attività giuridica»³¹. Voltaire, durante il suo soggiorno in Inghilterra, era rimasto colpito dal pensiero di John Locke, che aveva definito 'uomo di grande saggezza'. Così, seguendone le orme, attraverso il suo *Dictionnaire philosophique*, sotto la voce «*Propriété*», Voltaire aveva diffuso in Francia quello che ormai era il motto degli inglesi, «*Liberty and Property*», al tempo stesso specificando, sempre sulle orme del filosofo inglese, che tutti gli uomini avevano uguale diritto non soltanto alla libertà e alla proprietà, ma anche alla tutela giuridica di esse³².

5. Il ritorno al modello romano

Negli stessi anni, il tema della configurazione unitaria del dominio e il connesso richiamo allo schema romano-classico della rivendica occuparono una posizione centrale anche nell'opera di R.-J. Pothier³³ e specie nel suo

³¹ Così A. SCIUMÈ, voce *Rivendicazione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 41; sulla scia di M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, 509 ss., 530 ss.

³² V. in tema U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, 269.

³³ Su cui si cfr. le differenti impostazioni di T.O. SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert Joseph Pothier*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, 327 ss., ora in ID., *Studi sulla proprietà*, cit., 23 ss.; e di P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14, 1984, 401 ss. Sulla personalità scientifica di Pothier resta

Traité du droit de domaine de propriété, pubblicato negli anni 1771-1772. Sul piano della elaborazione del concetto e della definizione della proprietà, innanzitutto, fu merito di Pothier se la formula di Hotman finì per essere riprodotta quasi testualmente nei moderni codici europei.

Per comprendere questo passaggio occorre tenere presente quanto già sottolineato, e cioè che, verso la metà del XVIII secolo, la borghesia francese si sentiva fortemente impegnata, sul piano ideologico e sociale, nella realizzazione del progetto di riforma dell'appartenenza fondiaria. L'obiettivo non si poteva perseguire che attraverso la scelta di un modello proprietario anti-tetico a quello feudale, che approdasse a una ricompattazione del dominio. Pothier era un convinto ammiratore del modello romano classico del *dominium ex iure Quiritium*; e fu proprio attraverso la lettura in chiave sistematica delle fonti romane (nel filtro della rielaborazione giusnaturalista) e del *droit coutumier*, che egli espose e riformulò radicalmente la materia della proprietà e della sua tutela processuale. La nozione di proprietà esclusiva si giustificava del resto, secondo Pothier, alla luce delle fonti romane, e in particolare di quanto affermato da Celso, citato da Ulpiano in D. 13.6.5.15: «(...) ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse rell.»³⁴. Perciò, adeguandosi al sentimento comune, sull'autorità della tradizione il giurista orleanese decretò la fine della figura giuridica medioevale del 'doppio dominio', indicando nel 'proprietario utile' l'unico, 'vero' proprietario. Nelle sue *Pandectae in novum ordinem digestae*, pubblicate nel 1748, egli scriveva: «Il dominio viene ordinariamente definito: il diritto di usare e di abusare della cosa propria nei limiti consentiti dall'ordinamento giuridico»³⁵.

Questa costruzione riscosse unanimi consensi, accelerando il processo di eliminazione dei 'domini diretti' (proprietà signorili), che in breve tempo non vennero più considerati 'proprietà'. Poco prima che la Rivoluzione fran-

fondamentale lo studio di A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, 179 ss., spec., per quanto qui rileva, 186.

³⁴ V. sul punto O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa*, cit., 94, 100. Questo richiamo alla giurisprudenza romana, da parte degli interpreti moderni, appare meno forzato di altri, sebbene la questione di cui era stato investito Celso figlio riguardasse la responsabilità per un veicolo dato in comodato o in locazione congiuntamente a due soggetti. Il quesito posto a Celso – secondo il resoconto ulpiano – era se i comodatari o conduttori fossero tenuti *in solidum* oppure *pro parte*. È a tale proposito che Celso sosteneva inconcepibile una comproprietà e un compossesso *in solidum* anziché per quota ideale, diversamente da quanto è dato ritenere per l'uso comune. Sul significato del responso celsino nel suo contesto originario, M. EVANGELISTI, *Riflessioni in tema di 'ius ad crescendi' (tra 'communio' e coeredità)*, in *D@S*, 10, 2011/2012, con altra bibliografia.

³⁵ Lib. XII, tit. I, pt. I, § 2.

cese scoppiasse, nel suo *Traité du droit de domaine et de propriété* del 1772 Pothier definì il «dominio di proprietà», come uno *ius de re libere disponendi* e ancora come *ius utendi et abutendi*, precisando poi che la proprietà è «il diritto per il quale la cosa mi è propria e mi appartiene a esclusione di ogni altro»³⁶. Il legame tra libertà e proprietà tornava così in primo piano. Nella stessa opera lo studioso illustrava con rigore anche la disciplina dei mezzi processuali posti a tutela della proprietà, secondo gli orientamenti del tardo diritto comune, intrecciando l'insegnamento della tradizione romanistica con le applicazioni del diritto consuetudinario francese (*droit coutumier*)³⁷. E proprio in adesione alle istanze della realtà locale, allontanandosi dal diritto romano, Pothier sostenne, con specifico riguardo al territorio francese, l'esperibilità della rivendica dei beni incorporali, rafforzando un indirizzo che avrebbe poi caratterizzato la nozione di bene accolta nel Codice civile napoleonico del 1804³⁸.

Il modello positivo della proprietà del diritto romano classico giustiniano, in contrapposizione con il modello negativo delle strutture feudali, fu recepito, unitamente al binomio di stampo liberale 'proprietà/libertà', dalla legislazione rivoluzionaria francese. Nell'agosto del 1789 il regime feudale fu abolito; e nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, del 1789 (art. 2 e 17), la proprietà venne definita come un diritto naturale, «sacro ed inviolabile»³⁹.

A ragione Pothier è stato indicato come il precorritore dell'ordine fondiario post-rivoluzionario: nella sua opera, la concezione romana del *dominium* veniva rappresentata come il prototipo di una proprietà priva di vincoli, cui ispirarsi per riaffermare una nozione dell'appartenenza intesa come 'diritto di usare e di abusare' dei propri beni. In realtà, il *dominium* non era stato concepito mai dai Romani come un potere assolutamente libero e illimitato, neppure nei pochi secoli in cui si affermò e fu realmente operante la 'proprietà assoluta'. Ma, ormai, le forzature compiute dai medioevali nella lettura e nel commento dei testi del *Corpus iuris civilis* costituivano una tradizione, cui i più si affidarono acriticamente, altri forse in maniera più consapevole, pur sempre però nella convinzione che l'autorità delle fonti romane costi-

³⁶ Cito dalla trad. it.: *Trattato del diritto di dominio e di proprietà*, I, 2^a ed., Napoli, 1821, 27 ss.

³⁷ Ampia trattazione in P. OURLIAC-J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, II, *Les biens*, Paris, 1968, 335 ss.

³⁸ Il tema è studiato da A. SCIUMÈ, voce *Rivendicazione*, cit., 43.

³⁹ Altri dati in E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, 2^a ed., Torino, 2000, 69 s.

tuisse una copertura indispensabile per giustificare l'introduzione del nuovo regime proprietario.

Insomma, l'idea che i caratteri della proprietà romana fossero stati *sempre* unitarietà, assolutezza, esclusivismo, con il passare del tempo divenne un luogo comune.

6. L'art. 544 del Codice civile francese

La convinzione era certamente già solida durante i lavori preparatori del Codice Napoleone⁴⁰. Nella proposta dell'art. 544 del Codice civile francese, il Procuratore generale Jean Grenier definiva la proprietà come *ius utendi et abutendi*, attribuendo – erroneamente – questa formula ai Romani⁴¹. Pressoché identica affermazione si ritrova nel *Discorso al Corpo legislativo di Francia* di Jean-Étienne-Marie Portalis⁴². E Jaques de Maleville, nell'*Analisi ragionata della discussione del codice civile al Consiglio di Stato*, illustrando i contenuti dell'art. 544 del Code affermava: «questo articolo è la traduzione della definizione che le leggi romane ci danno della proprietà: *dominium* – recita la legge 21 *Cod. mand.* – *est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*»⁴³. Qui l'errore – sempre che di errore si tratti, e non di coscienza manipolazione – è evidente: la costituzione costantiniana in CI. 4.35.21 – sopra riportata – non contiene affatto la definizione attribuitale, che costituisce invece il commento di Hotman all'espressione originaria romana, peraltro non riferita al diritto di proprietà, «*suae quidem quisque rei moderator atque arbiter rell.*».

La formulazione dell'art. 544 del Code, entrato in vigore nel 1804, fu pertanto: «La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nel modo più assoluto, purché non se ne faccia un uso proibito dalle leggi o dai regolamenti»⁴⁴.

⁴⁰I dati che qui di seguito verranno esposti sono reperibili in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, 15 voll., Paris, 1827 (rist. anast. Osnabrück, 1968), I, spec. 518 ss.

⁴¹J. GRENIER, *Discours au Corps Législatif* (27 gennaio 1804), in J.-G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle ou Commentaire et complément des Codes Français*, IV, Paris, 1936, 97 s.

⁴²J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, premier pluviôse an IX*, in P.A. FENET, *Recueil*, cit., I, 518.

⁴³J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, Paris, 1807, 29.

⁴⁴Questa celeberrima formula è stata oggetto di innumerevoli studi; v. in particolare, con

Da quel momento, il convincimento che quella definizione fosse stata tratta dalle autorevoli fonti romane e riprodotta testualmente nell'art. 544 del Code si è radicato nella scienza giuridica, e non soltanto in quella francese⁴⁵, per un lungo lasso di tempo⁴⁶.

La stessa strada fu seguita nel XIX secolo, dagli esegeti dell'art. 544, a proposito del carattere pieno ed esclusivo della proprietà. Il Toullier più correttamente affermava: «questi sono anche i caratteri fisionomici della tradizione romanistica»⁴⁷. Mentre il Laurent non esitava ad esaltare la discendenza della proprietà francese direttamente dall'esperienza giuridica romana: «la nostra proprietà è la proprietà romana»⁴⁸. In Italia, nel 1874 il Borsari, nel suo Commentario al Codice civile italiano del 1865 (Codice che notoriamente costituì, in molti punti, una riproduzione pedissequa di quello francese del 1804) scriveva che «secondo le leggi romane, *dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*»⁴⁹. L'inesattezza fu finalmente rilevata dal Brugi, il quale, nel 1923, nel suo trattato sulla proprietà, lamentò che la formula *proprietas est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur* «purtroppo (...) ha finito con l'essere attribuita ai giuriconsulti romani anche da persone che primeggiano per scienza ed autorità»⁵⁰.

la lett. ivi cit., A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales*, cit., 179 s.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981 (rist. 2013), 18, 51 ss., 75 ss.; E. DEZZA *Lezioni*, cit., 70 ss.; F. MACARIO, *Absolutezza, pienezza, inviolabilità: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino*, in *Giustizia civile*, I, 2014, 227 ss., spec. 242 ss.

⁴⁵ In Italia, per esempio, Gian Pietro Chironi, nel commentare la trasposizione della formula definitoria francese all'art. 544 del codice civile napoleonico nell'art. 436 del codice civile italiano del 1865 (in cui si qualificava la proprietà come il «diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia uso vietato dalle leggi o dai regolamenti»), affermava che questa nozione della proprietà privata era fondata sui testi romani e rappresentava perciò «il trionfo» della tradizione giuridica romana: G.P. CHIRONI, *Le Code Civile et son influence en Italie*, in AA.VV., *Le Code Civil. 1804-1904. Livre du Centenaire*, II, Paris, 1904, 765. V. sul punto le considerazioni di O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa*, cit., 90 s.

⁴⁶ È apprezzabile la sensibilità di parte della più recente civilistica per un'attenta ricostruzione storica della nozione della proprietà: sottolinea correttamente l'estraneità alle fonti romane della nozione di dominio come *ius utendi et abutendi* (sulle orme di F. STELLA MARANCA, *Ius utendi et abutendi*, cit., 1 ss.) A. VESTO, *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Torino, 2014, 152, nt. 107.

⁴⁷ *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, II, Bruxelles, 1845, 50.

⁴⁸ *Principes de droit civil français*, 6^a ed., Paris, 1893, 108.

⁴⁹ L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, II, Torino, 1874, 132, art. 432.

⁵⁰ B. BRUGI, *Della proprietà*, cit., 25, nt. 1; si associa a questa doglianza F. STELLA MARANCA, *Ius utendi et abutendi*, cit., 1 ss.