

Premessa

Edouard Meynial è forse il primo studioso contemporaneo che si è preoccupato della problematica dell'origine e dell'applicazione del *dominium utile* nel Medioevo. Ha sviluppato il suo pensiero in base ad un'importante tesi: il *dominium utile* non è altro che la conseguenza di quattro elementi: «la pression des faits; la renaissance de l'analyse juridique; quelques conceptions anciennes natives du vieux droit germanique et la complicité verbale de quelques textes romains»¹.

La conclusione di Meynial, in particolare il suo schema in base all'antitesi tra il diritto romano e il diritto germanico, sono stati discussi nei successivi decenni. Se Paolo Grossi e Robert Feenstra abbandonano lo schema dell'antitesi tra proprietà romana e proprietà germanica perché non risponde alla verità storica, Franco Pastori lo abbandona tenendo conto dell'incoerenza logica dello schema sostenuto da Meynial per spiegare la causa della formazione del doppio dominio. Invece, la cosiddetta proprietà romana caratterizzata dall'assolutezza esclusiva sulla cosa non è altro che il frutto del pensiero giuridico moderno ispirato dalle idee illuministe e mosso dalla codificazione². Una tale concezione della proprietà romana favorisce l'emersione della proprietà individuale della borghesia in contrasto con il regime feudale e valorizza coscientemente le fonti romane. I giuristi medievali, ignari delle esigenze percepite dai giuristi moderni, trasformarono l'utilità della cosa nel dominio utile accanto a quello formale. Inoltre, non si può identificare il dominio utile con la proprietà germanica, che permette a molteplici persone di usare la medesima cosa e di costruire diverse proprietà con riguardo ad ogni particolare facoltà. Pastori indica che il dominio utile è di per sé una configurazione unitaria che contiene tutte le utilità della cosa e rifiuta quindi la possibilità di frazionamento. Pastori conclude che mentre

¹ Edouard 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. Étude de dogmatique juridique*, in *Mélanges Fitting* (1908), Montpellier, Vol. II. Aalen-Frankfurt/Main (rist.), 1969, pp. 409-461.

² Tradizionalmente si ritiene che il *dominium* romano si distingua per tre caratteri basilari: unitarietà; astrattezza; assolutezza. Cfr. Maruotti, Laura Solidoro, *Dal dominium ex iure Quiritium al dogma moderno della proprietà*, in *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, Giappichelli, Torino, 2003, p. 232.

quella germanica è proprietà «frazionabile», il doppio dominio dei Glossatori ricomprende due figure di proprietà tra loro «separate»³.

Se le due pietre angolari di Meynial si sono dimostrate malferme, la sua conclusione non può essere più stabile⁴. Diversi punti di vista venivano prospettati: Robert Feenstra, a sua volta, ricerca diversi manoscritti dei primi Glossatori e conclude che l'origine del *dominium utile* derivasse dal *Liber feudorum* e le relative glosse, piuttosto che dalla disputa intorno all'effetto della prescrizione⁵; Paolo Grossi ritiene che il *dominium utile* sia la concettualizzazione dell'effetto economico della cosa; Pastori considera che il doppio dominio, «quale categoria storica, ha un preciso significato con riguardo alla tendenza dei giuristi medioevali di adeguare gli istituti giuridici alla prassi, emancipandoli da forme non consone alla stessa»⁶.

Nel complesso, si tratta di un problema di grande interesse sia per il valore storico che per l'applicazione diffusa nella dimensione spaziale e temporale. Si tenga conto del § 354⁷ e del § 357⁸ del ABGB del 1812⁹; l'istituto del doppio dominio nel diritto fondiario di Macao¹⁰; l'adozione del dominio utile in Scozia fino al 2000¹¹; la separazione del diritto di uso dalla proprietà in alcune pratiche giuridiche dell'Ue¹²...

³ Franco Pastori, *Il doppio dominio dei Glossatori e la tradizione romanistica*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Vol. 6, Giappichelli, Torino, 1974, p. 313.

⁴ Feenstra, Robert, *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, pp. 250-251: «il est difficile d'y voir une 'conception foncière germanique' qui se serait cristallisée avec 'la complicité verbale de quelques textes romains'..... La 'complicité' du droit romain nous semble plus que verbale».

⁵ *Ivi*, p. 250.

⁶ Franco Pastori, *Il doppio dominio dei Glossatori*, cit., p. 324.

⁷ «La proprietà considerata come diritto è la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro della sostanza e degli utili di una cosa».

⁸ «Il diritto sulla sostanza della cosa congiunto in una sola persona col diritto sui reali è proprietà piena e indivisa. Se ad uno compete soltanto un diritto sulla sostanza della cosa, e ad un altro con un diritto sulla sostanza il diritto esclusivo sugli utili di essa, il diritto della proprietà si ritiene diviso e non pieno sia per l'uno che per l'altro. Il primo si chiama proprietario diretto, il secondo proprietario utile».

⁹ Ettore Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, G. Giappichelli, Torino, 1998, p. 115: «la distinzione tra dominio diretto e dominio utile, ormai cancellata in Francia dal codice del 1804, ma alla quale il legislatore asburgico continua ad attribuire grande rilevanza».

¹⁰ Tang Xiaoqing, *On the Aforamento System in the Land Law of Macau—from the perspective of Distinction between Dominium Directum and Dominium Utile*, in *Northern Legal Science*, 2012, I.

¹¹ 2000 asp 5. Section 2 (1). Cfr. K. G. C. Reid, *Vassals no more. Feudalism and post-feudalismo in Scotland*, in *European Review of Private Law*, The Netherlands Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003, p. 282ss.

¹² Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council, 26 June 2003. Cfr. Sjef Van Erp, *Security interests: A secure start for the development of European property law*, in *Sicherungsrechte an Immobilien in Europa*, von Monika Hinteregger (Herausgeber), Tomislav Boric (Herausgeber), 2009, p. 32.

In questi casi la teoria del dominio utile si presenta non solo come un fenomeno medievale europeo, ma anche come un istituto vivo nelle esperienze giuridiche temporalmente e spazialmente diverse. Data l'importanza dottrinale nel passato e il valore eventuale nell'attualità di questa teoria medievale, il nostro obiettivo è di ricercarne lo sviluppo nel quadro medievale e umanista, per poi paragonarla con l'istituto analogo nell'esperienza cinese.

Capitolo 1. Il *dominium utile* nello *ius commune* medievale

Sezione 1. Dall'*actio* al *dominium*. L'estensione del significato di *utilis*.

§ 1. Il valore semantico di *utile* riferito dai giuristi medievali

Utilis (o *utilitas*) è un termine ricorrente nelle fonti del diritto romano che assume diverse accezioni giuridiche. È constatato che nel Digesto il sostantivo *utilitas* sia utilizzato in 156 frammenti per riferirsi ai soggetti incapaci, all'ambito negoziale, all'attore, all'eredità, alla servitù e via dicendo¹³. Nel settore processuale, l'*actio utilis* fu stabilita dal pretore a imitazione dell'*actio civilis* ai fini di colmare lacune dello *ius civile*¹⁴. Quindi veniva considerata come una modificazione o estensione della formula già esistente per comprendere l'ipotesi analoga o imprevista dalla formula precedente¹⁵. Per esempio, quando si tratta di *actio pauperie*, si può esperire un'azione *ex lege* per il danno prodotto da un quadrupede¹⁶, ma è anche possibile far valere un'*actio utilis* per il danno fatto dagli altri animali¹⁷. Nella giurisprudenza medievale, i giuristi sottolinearono in modo particolare l'esigenza di *aequitas* nella *ratio* di concedere le azioni utili per risolvere le fattispecie non previste dalle leggi in modo da allievere la rigidità dello *ius civile*. Infatti, la discussione attorno alla funzione dell'*actio utilis* si svolse sempre entro il quadro di *aequitas*. Per i Glossatori, l'*aequitas* costituisce uno dei nodi problematici più sostanziali della *scientia juris*. L'*aequitas rudis* è fatta per la volontà divina in quanto modello della giustizia, mentre i legislatori pronunciano e promulgano la *aequitas constituta* in forma di legge scritta dopo aver raccolto, ricercato, e redatto quella *rudis*¹⁸.

¹³ Cfr. Marialuisa Navarra, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 10.

¹⁴ Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1994, pp. 91-94.

¹⁵ Adolf Berger, *Actio utilis*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, p. 347, *ad vocem*: «Actions introduced through the activity of praetors and jurists by a modification of an already existing formula to cover legal situations and transactions for which the original formula did not suffice».

¹⁶ *D.* 9,1,1, pr.

¹⁷ *D.* 9,1,4.

¹⁸ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma, 2006, pp. 175-182.

Quando il significato della legge appare ambiguo, oppure la legge stride apparentemente con i precetti dell'*aequitas rudis*, bisogna ricorrere allo strumento dell'*interpretatio*, ossia le attività interpretative del *Corpus iuris civilis* necessarie a distillare il vero spirito del testo autorevole¹⁹. Data la flessibilità dell'*interpretatio*, è permesso ai giuristi di liberarsi dall'apparente obbedienza alla Compilazione per conquistare, quanto possibile, la libertà speculativa. Mediante l'*interpretatio*, i Glossatori si sforzarono di distinguere dall'*actio utilis* quella *directa*. Se l'*actio directa* deriva dalle norme esplicite, che espongono con parole chiare la volontà del legislatore, l'*actio utilis* è successivamente “inventata” per far emergere il vero spirito della legge oscurato dai *verba* o mal compreso²⁰. Quando mancano i *verba*, fa capolino l'*actio utilis*. I giuristi usarono definire l'*actio utilis* come *sententia*²¹, *interpretatio*²², *mens*²³ e *ratio* della legge²⁴. In tal modo i giuristi formarono una

¹⁹ Andrea Errera, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei Glossatori*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 86: «La distinzione è fondata sulla differente origine delle azioni: le *actiones directae* sono esplicitamente introdotte da una norma al fine di tutelare le fattispecie normativamente previste; le *actiones utiles* si sviluppano invece sul modello delle azioni dirette per provvedere alla tutela di fattispecie che - non dotate di difesa giudiziale per mezzo di *actiones directae* - siano comunque degne e bisognose di protezione processuale. Da questa differenza discende quindi la dicotomia tra *actiones directae* e *actiones utiles*».

²⁰ Azonis *Summa super Codicem*, ex officina erasmiana, Augustae Taurinorum, 1966, IV, *de obligationibus et actionibus*, pp. 117-118: «est autem actio directa, quae datur ex voluntate legis expressa... Ideo autem dicitur directa, quia verba legis directa sunt ad eum cui lex voluit dari actionem: et ita in ea actione danda verba legis et sententia concurrunt. Ubi vero deficiunt verba, sed voluntas vel sententia legis tacite exigit actionem dari, datur actio utilis».

²¹ Ponzio da Ilerda, *Summa arboris actionum, pactiones pretorie, 3 de Serviana actione*, ed. Rossi, Milano, 1951, p. 83: «... actionum omnium alie sunt directe, alie utiles. Directe sunt que ex verbis legis descendunt, utiles que non ex verbis, sed ex sententia legis que ex interpretatione prudentium extenditur ad eas»; *Questiones de iuris subtilitatibus*, ed. Fitting, Berlin, 1894, XXXVIII *de obligationibus et actionibus*, § 4, p. 85, ed. Zanetti, Firenze, 1958, XLI, § 3, p. 107: «quocumque autem ex iure proficiscatur actio alias ex verbis et mente venit, alias ex sententia per interpretationem: superior directa, inferior utilis nominatui»; Ranieri da Perugia, *Ars notaria*, § 270, ed. Wahrmund, *Quellen zur Gesch. des roem.-kan. Processes im M. A.*, III, fasc. 2, p. 131: «[actiones] aliae directae, quae ex verbis legis descendunt, et aliae utiles ex sententia legis interpretatae...»; Salatiele, *Ars notarie*, a cura di Gianfranco Orlandelli, volume primo, i frammenti della prima stesura dal Codice bolognese dell'archiginnasio, B. 1484, Giuffrè, Milano, 1961, p. 82: «Utiles vero dicuntur que dantur ex sententia legis verbis cessantibus, ut est exemplum si quis delevit album pretoris non positum sed ponendum cessantibus verbis ex sententia legis tenetur utili actione in factum ad predictam penam, item si bipes aliena dedit michi dampnum cessantibus verbis ex sententia legis tenetur michi utili actione in factum ex predicto edicto de pauperie».

²² Giovanni Bassiano, *Lectura in Inst. 3, 27 de obligationibus quasi ex contractu*, in pr., Leiden, *D'Ablaing* 3, fol. 15ra: «que ex verbis legis datur, ad differentiam utilis que datur ad interpretationem...»; *Brachylogus*, IV, 23, ed. Boecking, p. 162, r. 2, *gl. direct*: «directa dicitur actio que nascitur ex verbis legis, utilis que interpretatione».

²³ Glossa, *ad l. Curatoris, ff. de negotiis gestis* (C. 2, 18 (19), 17), *gl. actione*: «Item aliae directae, aliae utiles, primae dantur ex verbis et mente legis, secundae ex mente tantum»; Jacques de Révigny, *Lectura super Codice*, ed. Maffei Domenico, Forni, Bologna, 1967, *l. de actionibus et obligationibus, l. data certae pecuniae quantitate* (C. 4. 10. 1), 2a col.ca.pr: «Quaero ergo utrum in omni genere actionis sit eadem actio utilis et directa: videtur quod sic: illa est directa quae competit ex mente et non ex verbis, unde illa quae competit non ex verbis, unde illa quae competit non ex verbis legis, sed sententiam per interpretationem iuris praecedentis, illa est utilis....Sic vides intellectum. Sic vides intellectum verborum: arguitur quod sicut eadem actio directa est ex mente et ex verbis legis, utilis datur ad exemplum directae...et exemplum et exemplar sunt unum in specie»; *Summa Trecensis*, IV, 10 de

distinzione tra le due *actiones*: da una parte, l'*actio directa*, fissa, rigida, consolidata dall'autorità della *lex* e sottomessa alla rigidità del *rigor iuris*, dall'altra, al contrario, l'*actio utilis*, flessibile, estensiva, concessa per la benevolenza del pretore e assicurata dall'intelletto dei sapienti.

Su questo punto, Rogerio riferisce che «...cum autem de legis mente dubitatur solet interdum queri an lex, que minus dixerit, quasi plus intellexerit, latius ius dicentis interpretatione, sit porrigenda ad ea scilicet, in quibus eadem equitatis ratio utitur...»²⁵, secondo il quale, per adeguarsi all'esigenza di *aequitas*, l'interpretazione risulta una figura imprescindibile nel caso che la legge sia assente. Egli non esclude che talvolta la legge non comprenda tutte le eventuali ipotesi, si deve, dunque, rivelare la vera e propria *mens* della legge ricorrendo allo strumento della *interpretatio*. In un altro passo, lo stesso Rogerio proponeva più concisamente: «utilis etiam dicitur quae datur quando deficit ius civile secundum se et secundum suam interpretationem, et succedit ius praetorium»²⁶. Come Rogerio, i giuristi del diritto comune videro acutamente nell'*actio utilis* le esigenze dell'equità, ovvero i nuovi fatti emergenti dalla società medievale. Perciò, l'*actio utilis* lascia ai giuristi un vasto spazio per estendere il testo autorevole ai casi analoghi o simili, tale da raggiungere una «dilatazione nel significato grazie alla *interpretatio* del giurista»²⁷. Ne consegue che l'autorità del *Corpus iuris civilis*, che è apparentemente rispettato, venga sostanzialmente infranta. La distinzione tra l'*actio directa* e l'*actio utilis* indica pure la contrapposizione e la distanza tra due momenti: quello di validità e quello di realtà. Pietro Costa osserva che «i due livelli (la validità e la realtà) sono accostati, messi in

actionibus et obligationibus, § 10, ed. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 85: «directa quidem quae ex mente et verbis legis descendit, si in rem agatur domino competit, si in personam ei cui obligatio quaesita est...dantur autem utiles, quae ex mente et sententia legis descendunt, saepissime etiam aliis personis».

²⁴ Jacques de Révigny, *Lectura super Codice*, Op. cit., I, non dubitum (C. 1, 14, 5), ca.pr: «non est enim nec ex verbis nec ex mente legis, sed ex ratione legis, unde illud directum quod ex verbis et mente legis tantum colligitur, illud utile quod nec ex verbis nec mente legislatoris, sed ex ratione colligitur...»; Rogerio, *Summa Codicis*, IV, 12 de obligationibus et actionibus, § 9, ed. Plamieri, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I, p. 107: «directa dicitur quae ex verbis et sententia legis descendit...utilis quae interpretatione legis et non ex verbis descendit...».

²⁵ Rogerii *Enodationes quaestionum super Codice*, § 3, ed. Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 283.

²⁶ Rogerio, *Summa Codicis*, IV, 12 de obligationibus et actionibus, § 9, ed. Plamieri, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I, p. 107.

²⁷ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 171.

rapporto reciproco, ma anche tenuti distinti; una cosa è la validità ('directe'), altra cosa è la realtà che può essere capita solo 'utiliter'»²⁸. Sul piano della validità, è l'*actio directa*, cioè la legge, provvedimento già modellato a prevalere, mentre sul piano della realtà, i giuristi medievali, di fronte alle *quaestiones emergentes de facto*, che sono completamente diverse dalla circostanza sociale, economica e giuridica in cui vivevano e operavano i redattori bizantini, trovavano ampio spazio per far uso della *interpretatio* e ricostruire i frammenti sparsi nelle fonti giustinianee al fine di rendere i testi normativi adeguati alle nuove esigenze che caratterizzavano l'intera età medievale. Dunque, *utiliter* vuol dire secondario, dipendente e derivativo, funzionante solo come un ricorso temporaneo²⁹, ma indica anche infrazione, capovolgimento e superamento dell'autorità testuale.

²⁸ Pietro Costa, *Iurisdictio: semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 209.

²⁹ Non è un caso che l'*actio utilis* fosse anche chiamata l'*actio dativa* rispetto all'*actio directa/nativa*. Cfr. Piacentino, *Summa Codicis, gl.utilibus, de legatis*, l.ex legato (C. 6, 37, 18): «sed differt utilis a directa? Quidam dicunt quod nihil, ut ff.de negociis gestis, l.actio. Alii quod utilis est dativa, directa nativa. Tertii quod ex quo fit cessio nascitur utilis: quod non placet quia si cedo tibi actionem furti, ex hoc contractu nascitur actio utilis furti, quod est falsum, ut ff.de pactis, l.si unus, § pactus. Vel dic: directa ex verbis et ex mente legis, utilis ex mente tantum».

§ 2. Il passaggio di *utile* dal settore processuale al settore dominativo

Dato il valore espansivo dell'affrancarsi dalla Compilazione, l'*actio utilis* è diventata uno strumento concettuale adoperato dai giuristi per proporre un nuovo tipo di *dominium*. Secondo i Glossatori, tra la dimensione processuale e la dimensione dominativa esiste una connessione necessaria, un'osmosi inseparabile. Ritenendo che il *dominus* debba avere un'*actio in rem* particolare, i giuristi presuppongono al contrario che se a qualcuno fosse concessa un'*actio in rem*, avrebbe la titolarità di un dominio corrispondente. Un passo della *Summa Codicis* rogeriana può mettere a nudo questa propensione:

"Domino iure naturali datur utilis, domino iure gentium datur directa. Utilis competit ei qui non est dominus, sed ius in rem habet, ut superficiario, emphiteotario et ei qui habet agrum vectigalem, et militi, et pupillo, quorum pecunia res empte sunt, et dicitur utilis quia ex interpretatione legis descendit, non ex verbis, directa, quia ex sententia et verbis legis descendit, ut cum dicitur soli domino competit actio in rem..."³⁰

Il rapporto tra azione e diritto reale è evidente. Per Rogerio, un tale *ius in rem* e il *dominium* si equilibrano l'un l'altro, anziché formare una gerarchia incentrata sul privilegio del *dominium*. Rogerio non usò l'espressione *dominium utilis* per descrivere il diritto in capo al superficiario, enfiteutario, conduttore del fondo vettigale e agli altri utilisti, bensì parlò di *ius in rem*, che rispecchia la sua incertezza concettuale. In tal modo, l'azione utile costituisce il comune denominatore per i concessionari, a prescindere dalle disparità sostanziali tra di loro.

La corrispondenza tra la dimensione processuale e quella dominativa si vede più netta in un passo di Anselmo dall'Orto, figlio del grande feudista Oberto dall'Orto: «in rem accio directa ei competit, qui aut iure gentium aut iure civili dominium acquisivit, ut D. de rei vindicatione, in rem accio (D. 6,1,23). Utilis datur ei qui dominus non est, sed loco domini habetur, veluti ei qui fundum conduxit a

³⁰ Rogerius, *Summa Codicis*, cit., III, *De rei vindicatione*.

municipibus et ei qui superfitiem habet in solo alieno, preterea ei cuius arbor in alienum agrum translata radices immisit et ei, cuius fuit tabula, adversus pictorem, cuius pictura prevalet... Hac accione tenentur omnes, qui restituendi facultatem habent...»³¹. Laddove Rogerio dice *ius in rem habet*, Anselmo dall'Orto pronunciò «loco domino habetur», nel senso che *ius in rem* tutelato dall'azione utile possa essere riconosciuto pure come un *dominium* estensivo e approssimativo. L'identificazione tra *ius in rem* e *dominium* funziona come una breccia che incrina la concezione unitaria del dominio romano, ne consegue che ogni titolare di un *ius in rem*, purché gli venga concessa un'*actio utilis*, può proclamarsi *dominus* in contrapposizione al vero e proprio proprietario. L'edificio del *dominium* viene così demolito e sostanzialmente negato. Dal discorso dei due Glossatori traspare un nuovo schema medievale. Però, entrambi si limitarono a questo punto e non si interessarono ad elaborare un termine tecnico capace di precisare i contorni concettuali dello *ius in rem*.

È constatato che Pillio fosse il primo a proporre la teoria del *dominus utilis* nel commentare il diritto feudale lombardo. Ennio Cortese mette in rilievo una *constitutio* imperiale di Corrado II nel 1037, che riconobbe la stabilità del *beneficium* e impose la trasmissibilità agli eredi³². Dopo che i Glossatori erano tornati in possesso dei *Tres libri* del Codice giustiniano, è stata sentita la similarità tra il *feudum* medievale e l'enfiteusi romana, che fu definito talvolta da Giustiniano come *dominium*. Analogamente all'ultima, Pillio dava luogo al passo concettuale dalla *quasi vindictio* a tutela del *beneficium* al *dominium utile* conferito al vassallo, dando così l'avvio a una «teoria generale dei diritti reali per secoli»³³. Cortese spiega che, malgrado una tale teoria si sia ispirata direttamente alle fonti romane, tuttavia, non è da sottovalutare l'influenza della tradizione altomedievale³⁴. Comunque sia, il proseguire della costruzione dottrinale dovette essere progressivo e saldo.

³¹ Anselmi de Orto, *Iuris civilis instrumentum*, curante Victorio Scialoja, XX, *De rei vindicatione. R. Accio in rem arbitraria*, in *Bibliotheca iuridica medii aevi*, Vol. II, Bononiae, 1892, p. 91.

³² Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. Vol. II, *Il basso Medioevo*, il Cigno, Roma, 1995, p. 168.

³³ *Ivi*, p. 169.

³⁴ *Ivi*, p. 172.

La confusione dei termini è ricorrente nelle opere giuridiche dei primi Glossatori. Oberto dall'Orto ha commesso l'apparente errore qualificando il vassallo come *dominus* tutelato dalla *quasi vindicatio*³⁵, anche se il suo diritto era solo un usufrutto perpetuo e trasmissibile. Oberto ha forzato i termini e i concetti romani per adattarli alla *constitutio* di Corrado II³⁶. Oltre a *ius in rem*, a *effectus dominii* e a *quasi dominium*, di cui parleremo, Feenstra, a sua volta, ha indagato la locuzione *utiliter domini* usata da Piacentino a proposito dell'interdetto *Unde vi* («... Item utile datur etiam juris possessori licet quoque et quasi possessori detur, ut fructuario ut ff. eo. l. II, multo fortius rei corporeae immobilis vel utiliter dominis, ut emphyteutae, superficiario, feudatario...»³⁷) e ne ha tratto conclusione che la concezione del *dominium utile* derivasse dalla cornice del diritto feudale³⁸. A nostro parere, la frequente varietà dei termini effettuata dai Glossatori può essere spiegata per due ragioni. In primo luogo, ciò riflette l'incertezza dottrinale di fronte alle nuove situazioni reali diverse dallo schema romano. I Glossatori, sensibili alle esigenze del tempo, cercarono in ogni maniera di adattare i concetti e gli istituti romani all'attualità medievale. La confusione dei termini segna le ricerche e le tentazioni incessanti di fissare un termine accettato da tutta la dottrina; in secondo luogo, ciò implica pure l'incertezza dei giuristi medievali di osservare e di percepire il *dominium utile*. È considerato talvolta come uno *ius* sulla cosa, talvolta come causa dell'*actio utilis*, talvolta come l'effetto del dominio formale. Una convinzione è chiara: occorre distinguere alcuni diritti reali dalla vecchia categoria del dominio romano e denominarli con nuovo termine.

Nella Glossa accursiana non mancano i tentativi di giustificare la nuova teorica facendo ricorso a qualche frammento del *Corpus iuris civilis*. Meynial ritenne perfino

³⁵ «ut tanquam dominus possit ab omni possidente quasi-vindicare et, si ab alio eiusdem rei nomine conveniatur, defensionem opponere» (tratto da *Consuetudines feudorum, Antiqua*, VIII. 14 e *Vulgata*, II. 8,1, *de investitura de re aliena facta*, citato da: Ennio Cortese, *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del diritto comune*, in «Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto, Napoli, 18-20 ottobre 2001», Jovene, Napoli, p. 337, n. 18.

³⁶ *Ivi*, p. 338.

³⁷ Piacentino, *Summa Codicis*, C. 8,4. Il passo è trascritto da: Feenstra, *Les origines du dominium utile chez les glossateurs*, *Op. cit.*, p. 236.

³⁸ *Ivi*, p. 250.

che la Glossa formasse la seconda fase dello sviluppo³⁹, che «consiste dans l'organisation indépendante de ce *dominium utile* qu'on construit sur le modèle du domaine direct». Accursio raccolse largamente le glosse e le note disperse dei giuristi precedenti e fece della Glossa un monumento di grande valore storico per la scienza giuridica medievale. Però, sembra difficile segnalare una sistematica completa e coerente del *dominium* in un'opera così vasta e comprensiva.

In questa situazione il testo giustiniano perde ormai valore autorevole e si riduce a un blocco per schizzi. In un frammento in merito all'*ager vectigalis*, il giurista classico Paolo pronunciò che «Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes»⁴⁰. Il significato di questo frammento è molto chiaro: a colui che conduce il fondo per coltivare su concessione della municipalità, nonostante non ne diventi il proprietario, è permesso di avere un'*actio in rem*, contro un qualsiasi possessore, anche la municipalità stessa.

Accursio aggiunse due glosse apparentemente modeste ma sostanzialmente significative. Accanto al sostantivo *domini*, egli scrisse «scilicet directo»; accanto a *in rem* egli disse «non dicit hic quod etiam utile habeat dominium sed satis potest dici». In realtà il frammento paolino non si riferisce per niente alla distinzione tra i due *dominia*. Il giurista romano ha soltanto detto che venisse concessa un'azione reale a una situazione giuridica particolare, in cui il conduttore conducesse in perpetuo non da qualsiasi soggetto, ma dalla municipalità, ovvero l'ente pubblico. Solo in questo caso l'*actio in rem* è considerata adatta a proteggere il conduttore del fondo vettigale. Però, quando Accursio circoscrive il *dominus* generale al *dominus directus*, il significato diventa completamente diverso. Il conduttore vettigale, sebbene non sia proprietario diretto, tuttavia, è proprietario utile, poiché gli viene concessa l'azione

³⁹ Edouard Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divise*, cit., p. 419.

⁴⁰ D. 6,3,1,1.

reale, anche se Paolo non vi aveva fatto riferimento. Anzi, grazie all'*interpretatio*, Accursio poté pronunciare ciò che Paolo non aveva detto: «non dicit hic...sed satis potest dici»⁴¹.

Oltre a costruire un ponte fra l'*actio utilis* e il *dominium utile*, sia i filosofi sia i giuristi medievali cercarono di qualificare *dominium* dal punto di vista processuale. Ockham ritenne che il *dominium* consistesse nella *potestas* di rivendicare e di difendere la propria cosa dall'autorità giudiziaria: «Dominium est potestas humana principalis vendicandi et defendendi in iudicio rem aliquam temporalem»⁴². Marsilio da Padova ripeté la stessa opinione: «significat stricte sup̄tum potestatem principalem vendicandi rem aliquam quesitam iure...»⁴³. Anche Bartolo disse: «Dominium est ius vendicandi et disponendi de re ad libitum. Similiter per hoc distinguitur ab usufructu, quia ille est ius utendi et fruendi»⁴⁴. Data l'impossibilità di enumerare tutte le facoltà contenute nel *dominium*, i giuristi sollevarono indicare quelle più distintive per metterlo a nudo. Nell'idea medievale, la dimensione processuale costituisce uno degli aspetti più essenziali del *dominium*. Senza una protezione processuale appropriata, il *dominium* perderà senz'altro il privilegio particolare e si ridurrà ad un diritto vuoto e instabile. Sotto questo profilo, non c'è da stupirsi se i *doctores* presero in esame la distinzione fra le due *actiones* per trasferirla nel settore di *dominium*. Ne consegue che concepire il *dominium* a partire dal punto di vista processuale diventa una necessità argomentativa imprescindibile.

⁴¹ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 172-173.

⁴² William of Ockham, *Opus nonaginta dierum*, c. 2, p. 306. Cfr. Takashi Shogiman, *Ockham and political discourse in the late Middle Ages*, Cambridge University Press, 2007, p. 59, n. 101.

⁴³ *Difensor pacis*, II, XII, § 12.

⁴⁴ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in primam Digesti novi partem*, Venetiis, apud Iuntas, 1615, ad l. *Possessio*, tit. *De acquirenda possessione*, n. 6, fol. 75r.

§ 3. La *Publiciana* e il *quasi dominium*

La *Publiciana* si riferisce ad «azione posta a tutela del soggetto che, avendo acquistato una *res Mancipi* a seguito di mera *traditio* e non avendone, quindi, conseguito il *dominium ex iure Quiritium*, ne fosse stato spossessato prima di averla usucapita»⁴⁵. Il titolare cui viene concessa la *Publiciana* si pone in una situazione ambigua: non è ancora il legittimo *dominus*, ma il pretore lo ritiene meritevole della tutela particolare. Si tratta quindi di un *dominium* sospeso e incerto. Nella giurisprudenza medievale, Giovanni Bassiano, secondo il riferimento di Azzone, ha già notato l'ambiguità che caratterizza questo istituto e l'ha qualificato *quasi dominium*⁴⁶.

A volte, *quasi dominium* viene adoperato anche per indicare lo *ius emphyteuticum*, ovvero il *dominium utile*: «is qui directum habet dominium, utile non concedit, sed ius emphyteuticum tribuit; quo concesso, lex emphyteutam pro domino habet, tribuens ei quasi domino actionem in rem»⁴⁷; «datur autem utilis [rei vindicatio] ratione quasi domini ut emphyteotae, superficiario, conductori vectigalium dummodo non ad modicum tempus conduxerit»⁴⁸.

Il *quasi dominium* collegato alla *Publiciana* nasce dalla pratica processuale. Secondo l'insegnamento di Bernardo Dorma, giurista attivo nel XIII secolo, quando l'attore esercita di fronte al giudice la *Publiciana*⁴⁹, si trova infatti in una situazione imbarazzante. Non è proprietario, poiché non ha ancora compiuto il termine legale di

⁴⁵ Federico del Giudice, *Dizionario giuridico romano*, V edizione, Esselibri-Simone, Napoli, 2010, p. 33.

⁴⁶ Azzone, *Lectura Codicis*, gl. de cuius dominio in Auth. *Litigiosa res* post Cod. 8, 36, [37], 1, de *litigiosis*, n.2: «unde a simili idem dixit Ioannes in quasi dominio, ut si intentetur *Publiciana* vel utilis rei vindicatio quam habet emphyteuta vel vasallus; faciunt enim rem litigiosam: licet videatur contra cum non sint domini... sed tamen habentur pro dominis: datur enim *Publiciana* quasi usucapum sit, quod non usucepit: et eundem effectum habet in emphyteuta utilis rei vindicatio, quam habet in dominio directa vindicatio: ratione ergo similitudinis, ut supra dixi, idem dici debet in utroque...»

⁴⁷ Guglielmo Durante, *Speculum iuris*, Venetiis, 1566, I. IIII, *partic. III - De emphyteusi*, § *Nunc aliqua*, versic. 45, n. 57.

⁴⁸ Francesco Accolti, *Summa Codicis*, Venetiis, 1610, in *III. librum Codicis*, rubr. 32, *De rei vindicatione*, n. 3.

⁴⁹ *Ibidem*: «Deo et vobis potestati Bononiae, domine R, conqueror ego Bernardus Dorna Provincialis de Titio, qui iniuste detinet domum talem, quae est in tali loco versus orientem, quam dico meam esse, quia emi eam a tali non domino et eam usu cepi, unde peto, eam mihi restitui per actionem *Publicianam*, et super hoc supplico, mihi iustitiam exhiberi».

usucapione; ma nel libello proclama che la cosa persa sia sua. Perciò l'attore rischia di risultare soccombente, perfino di commettere mendacio⁵⁰. Piacentino spiegò che in questo caso il mendacio sia giustificato dall'autorità della legge e quindi nulla impedisce che l'attore si proclami *dominus*⁵¹. È il pretore che gli concede l'azione particolare tramite *fictio iuris*, come se fosse già proprietario⁵².

Bernardo Dorna insegnò che, quando l'attore si crede *dominus* e riesce a provarlo, può proporre la *rei vindicatio* per aver indietro il *dominium*. Se egli si crede *dominus*, ma non ha prove sufficienti per provarlo, oppure ne è in dubbio, conviene proporre la *Publiciana*, poiché la *Publiciana* richiede meno prove rispetto alla *rei vindicatio*⁵³.

Nel libello, quando l'attore proclama «Vobis conqueror ego talis de tali, qui iniuste detinet rem talem, quam peto ratione dominii vel quasi», si considerino la *directa rei vindicatio* e la *Publiciana*. Così nella pratica forense, se si risulta soccombenti in un'azione, se ne ottiene un'altra⁵⁴. Tuttavia, anche lo stesso Bernardo Dorna dubitò se *ratione quasi dominii* fosse un'argomentazione certa e se un tale libello fosse valido. Ebbe tre ragioni per dubitare. Anzitutto, l'*utile dominium* che vantano l'enfiteuta, il superficiario e il vassallo si identifica concettualmente con il

⁵⁰ *Die Summa Libellorum des Bernardus Dorna*, XIX. *De Publiciana*, in Ludwig Warhmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Wagner, Band 1, Heft 1, Innsbruck, 1905, p. 18: «Iste actor dicit, rem illam suam esse et usu cepisse et ita se dominum arg. ff. De usucapionibus l. I, ff. De legatis l. I. V et VI, et cum proponit *Publicianam*, dicit se non dominum; non enim competit domino, sed non domino... Ergo dicit se dominum et non dominum, ergo est tamquam contrarius repellendus... Praeterea iste mentitus est, ergo debet puniri et propter mendacium non obtinet...».

⁵¹ *Ibidem*: «Ad hoc respondebat dominus P. dicens, quod petitor, licet non esset dominus, tamen poterat dicere, se dominum et rem esse suam asserere, licet in veritate non esset... et ita dicebat, hoc casu legis auctoritate permissum mendacium».

⁵² *Ibidem*: «Nec obstat praedictus §, quia ibi non dicit, quod petitor esse rem suam dicat, vel quod rem illam usu ceperit, sed dicit, quod quasi res sit sua et quasi sit ab eo usu capta, poterit eam vindicare actione *Publiciana*. Et quod ita sit, probatur propter adverbium quasi, positum ibi in principio».

⁵³ *Ivi*, p. 19: «Quaerit ergo concipies libellum secundum sententiam nostram super actione *Publiciana*? Et certe antequam ad illud pervenias, ut maiorem et plenioram habeas doctrinam, quicquid alii scripserint, illud credimus attendendum in parte ista. Quod in principio actor, antequam prosiliat ad agendum, debet deliberare, utrum credat se dominum an non, an dubitet. Si credat se dominum et confidat, posse probare de dominio, secure proponat rei vindicationem directam. Si vero credat se dominum, sed diffidat de probatione dominii, proponat actionem *Publicianam*. Si vero dubitat, sit dominus necne, quia nescit, habuerit causam a domino vel a non domino, tunc certe cautius faciet actor, si proponat *Publicianam*, minus enim oportet eum probare in *Publiciana*, quam in rei vindicatione directa, quia in rei vindicatione oportet probare pretium numeratum vel pro eo satisfactum...».

⁵⁴ *Ivi*, p. 21: «Et per hoc, quod dicunt: ratione dominii, intelligunt proponere directam rei vindicationem; per hoc, quod dicunt: vel quasi dominii, *Publicianam*, et hoc ita, ut si succumbant in una, obtineant in alia».

quasi dominium, mentre gli ultimi possono proporre *utilem rei vindicatio*; in secondo luogo, l'attore deve rendere chiara la sua intenzione invece di oscillare tra due diritti; in terzo luogo, quando l'attore dice *ratione quasi dominii*, non vuol dire *dominium* diretto, bensì *dominium utile*, che è da respingere, poiché si oppone alla vera intenzione dell'attore⁵⁵.

Bernardo Dorna ha accennato che, contrari all'opinione di Alberico da Rosciate e di Cino da Pistoia, Giovanni Bassiano e Azzone ritennero che con la *Publiciana* si avesse una *utilis rei vindicatio* e perciò fosse preferibile dire *quasi dominium*⁵⁶.

La perplessità di Bernardo Dorna riflette la confusione tra *dominium utile* e *quasi dominium* e l'incertezza del secondo nel Duecento. Entrambi furono impiegati per indicare una gamma di diversi diritti reali di particolare valore economico. Sostanzialmente si tratta di uno *ius in re* consistente nelle facoltà di detenere, possedere, trarne profitto e di alienare insieme alla protezione processuale in forma di *actio utilis*. Nella pratica notarile, sia *dominium utile* che *quasi dominium* è già sufficiente a sintetizzare queste situazioni reali talmente vaste e vaghe senza che si distingua l'uno dall'altro in modo rigoroso⁵⁷. Alcuni giuristi si resero conto già

⁵⁵ *Ivi*, pp. 21-22: «Sed certe licet de facto recipatur interdum talis libellus in civitate ista, tamen in veritate non deberet admitti, quod probatur multiplici ratione, ideo quia actor in libello debet instruere reum, ut possit esse certus, quo iure agatur contra eum, et sic possit deliberare, cedere an contender debeat... Sed hic non potest esse certus propter talem libellum, nam et emphiteuta et superficiarius et feuda habent quasi dominium, id est utile dominium, et ideo utilem rei vindicationem... Secundo, quia debet actor eligere, qua actione velit experiri... Tertio, quia cum dicit: ratione quasi dominii, dicit, se non habere dominium directum, sed utile, et ita est sibi contrarius, unde est repelendus...».

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Rolandino, *Summa totius artis notariae*, apud Franciscum Rampazetum, Venetiis, 1573, Pars I, Cap. I, *De emptione et venditione*, fol.21r: «...ut isti superficiarii, qui ad non modicum tempus conducunt et vasalli et similes qui etiam dicuntur habere utile dominium, habeant quasi dominium, quod quasi dominium dicitur habere ille qui a non domino emit bona fide rem aliquam, et traditionem de ea recepit, et secundum hoc videtur sentire Aurora, quod utile dominium et quasi dominium sint idem, et sic ille cui competit *Publiciana* habet utile dominium, et ratione utilis dominii competit *Publiciana*, quod quidam concedunt, et dicunt quod utile dominium habet ille cui *Publiciana* competit, et dicunt hanc esse causam *Publicianae*, sicut directum dominium est causa directae actionis in rem... Alii dicunt quod nec utile dominium habet ille cui competit *Publiciana*, licet poscit dicere se quasi dominium et repetere iure quasi dominii. Et erit ratio quare non habet utile dominium, quia ille qui habet utile dominium nedum contra extraneum, sed etiam contra dominium agit...quod non est in *Publiciana*, scilicet ut contra verum dominium rei ex ea agi possit, nisi in casibus specialibus... Et sic secundum hoc aliud erit dicere se habere utile dominium, aliud quasi dominium, quod dicit se habere qui intendit *Publicianam*».

dell'inconveniente provocato dalla confusione, ma non sentirono la necessità di separarli definitivamente⁵⁸.

Infatti, sembra significativo ai giuristi giustificare il diritto conseguito dalla *Publiciana*, poiché essa contiene l'esigenza di *aequitas*, grazie alla quale il possessore di buona fede e con *iusta causa*, se viene spogliato del possesso prima che sia decorso il termine legale per l'usucapione, può chiedere la restituzione della *res erga omnes* tranne il proprietario quiritario, che respinge la *Publiciana* con l'*exceptio iusti domini*⁵⁹. Piacentino mise in rilievo la *prima aequitas*, nel senso che è iniquo sottrarre il *dominium* dal proprietario al possessore che non ha ancora compiuto il termine necessario per la prescrizione; e poi rispettò la *secunda aequitas*, ovvero l'*exceptio* «si ea res possessoris non sit». Ciò impedisce che il possessore spogliato dal possesso ottenga il *dominium* prima che sia decorso il termine necessario. La *Publiciana* non dà *dominium*, bensì un privilegio processuale⁶⁰.

Se Azzone⁶¹ lesse il *dominium utile* nella *Publiciana*, i romanisti ultramontani scoprirono qualcosa di diverso. Jacques de Révigny qualificò il diritto tutelato dalla *Publiciana* come lo *ius innominatum*⁶²; Pierre de Belleperche lo chiamò *quasi dominium*⁶³. Oscillando tra i diversi termini, il significato del *quasi dominium* rimaneva «assez large et mal défini»⁶⁴.

⁵⁸ *Ibidem*: «Item et Glossatores aliquando appellant istos quasi dominos, et eos quasi dominium habere dicunt, ut faciat Azon...et sic faciat Auro. licet aliter intelligatur eis istud competere, et aliter illi qui *Publicianam* intentat, ut supra dictum est...»; Azzone, *Lectura Codicis*, gl. de cuius dominio in Auth. *Litigiosa res* post Cod. 8, 36, [37], 1, de *litigiosis*, n.3: «unde a simili idem dixit Ioannes in quasi dominio, ut si intentetur *Publiciana* vel utilis rei vindicatio quam habet emphyteuta vel vasallus; faciunt enim rem litigiosam: licet videatur contra cum non sint domini... sed tamen habentur pro dominis: datur enim *Publiciana* quasi usucaptum sit, quod non usucepit: et eundem effectum habet in emphyteuta utilis rei vindicatio, quam habet in dominio directa vindicatio: ratione ergo similitudinis, ut supra dixi, idem dici debet in utroque...».

⁵⁹ *Die Summa de actionum varietatibus des Placentinus*, in Ludwig Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Band IV, Heft III, Wagner, Innsbruck, 1925, pp. 28-29: «Est autem actio *Publiciana* non ideo comparata, ut res domino auferatur ex bono publico contra naturalem rationem; eiusque rei est argumentum prima aequitas, deinde exceptio, quae potest dici secunda aequitas, scilicet si ea res possessoris non sit. Exceptio tamen iusti domini *Publicianae* potest obici...».

⁶⁰ Pedro de Oñate, *De contractibus tomi tres*, Romae, 1646, p. 356: «Nec ullus est authorum, qui somniaverit per *Publicianam* auferri a domino dominium, et dari actori».

⁶¹ Azzone, *Lectura Codicis*, ad C. 4, 19, 4.

⁶² Ms. Lat. 14350, f. 162v. Citato da: Robert Feenstra, *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du Moyen Age*, in *Fata iuris romani: Études d'histoire de droit*, cit., p. 134, n. 93.

⁶³ *Ivi*, n. 94.

⁶⁴ *Ivi*, p. 134.

La ricerca di Robert Feenstra sulla *Publiciana* rivela che la tripartizione tra *dominium directum*, *dominium utile* e *quasi dominium*, già modellata da Dino del Mugello, venne presa in prestito da Jean Faure e da Bartolo⁶⁵. Nonostante alcuni Glossatori rifiutassero che sia possibile intendere alternativamente sia la *rei vindicatio* che la *Publiciana*⁶⁶, il libello alternativo diventava di grande successo⁶⁷ fino al punto che la sua validità era riconosciuta sul piano teorico. È Bartolo a precisare attentamente il contorno concettuale di *quasi dominium* e a elaborare una tripartizione dei *dominia*: «Debetis scire quod tria sunt dominia, directum et utile et quasi dominium quod competit ei qui habet *Publicianam*»⁶⁸. Secondo Bartolo, se *dominium utile* consiste nell'uso concreto e materiale della *res*, *quasi dominium* si presenta come situazione sospesa e incerta prima che si compia l'usucapione. La *Publiciana* tutela la stabilità del possesso piuttosto che il vero *dominium*⁶⁹. Però, Bartolo decise di inquadrarla nel sistema dei *dominia* per assicurare l'esigenza di *aequitas*, per mantenere l'equilibrio tra *actio* e *ius in re*, anche per rompere l'unicità del *dominium*. Nelle sue mani una pratica forense generalmente accettata trova legittimazione nella *scientia iuris*. Sul piano dottrinale, l'autonomia del *quasi dominium* indica l'idea medievale che un'*actio in rem* dovesse corrispondere strettamente ad un diritto reale, ed esaspera la moltiplicazione delle figure dominative ri-plasmate dai *doctores* in base ai modelli offerti dalla Compilazione bizantina. Così si apre una «strada che porta alla definizione bartoliana dei *dominia* e al sistema baldesco delle situazioni reali»⁷⁰.

⁶⁵ *Ivi*, p. 135.

⁶⁶ Tra di loro ci sono Azzone e Accursio. Cfr. R. Feenstra, *ivi*, p. 131.

⁶⁷ R. Feenstra, *ivi*, p. 138: «Ils (ovvero alcuni romanisti medievali) s'efforçaient de sauver les idées classiques romaines, mais ils se voyaient obligés à des concessions à la pratique de leur temps, notamment en ce qui concerne le libelle alternatif, pour la revendication et la Publicienne».

⁶⁸ Bartolo da Sassoferrato, *In secundam ff. Veteris partem*, Venetiis 1585, ad l. minor § Si servus, ff. de evictionibus, n. 4.

⁶⁹ Giovanni Monaco, *Glosa aurea... super sexto decretalium libro...*, Parisiis, 1535, ad cap. Abbate. De sententia et re iudicata (2, 14, 3): «si recipit a non domino bona fide ex tamen tali titulo quo praescribere potuit et tunc ante usucapionem ipse habet *Publicianam* contra omnem tenentem excepto domino, unde iste quasi dominus dicitur».

⁷⁰ Paolo Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: Corso di storia del diritto*, Cedam, Padova, 1968, p. 181.

Sezione II. Il *Dominium utile* e la distinzione classica tra *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*

§ 1. Il significato della distinzione nel Medioevo

Nel distinguere i due *dominia*, i giuristi medievali utilizzarono la distinzione tra *dominium iure naturali* e *dominium iure gentium*. È una distinzione classica ispirata all'idea filosofica greca e adottata e sviluppata dai giureconsulti romani per classificare i diversi diritti e spiegare più precisamente il diritto come un fenomeno sociale. Nella giurisprudenza medievale questa distinzione assume diverso significato, da cui appare la notevole creatività dei giuristi del diritto comune. Si tratta di un tentativo di costruire un ponte tra la nuova teorica del *duplex dominium* e la distinzione tradizionale nel diritto romano.

I giureconsulti classici distinsero il diritto in *ius naturale* e *ius gentium*, o *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*. Nel contesto romano, una tale distinzione si riferisce all'ispirazione stoica. L'idea filosofica stoica gioca un ruolo cruciale nella formazione della concezione della proprietà della giurisprudenza classica. I filosofi videro «nella proprietà privata, cioè nella divisione dei beni in proprietà esclusive di varie persone, qualcosa di innaturale, di non spontaneo od originariamente esistente, ma artificiosamente creato dall'uomo...quando l'umanità conobbe la corruzione non fu più possibile il pacifico uso comune dei beni, poiché ciascuno, nel suo corrotto spirito, meditava non già di usarne soltanto, ma di appropriarseli definitivamente, e nella maggior copia possibile. Allora nacque la delimitazione di un mio e di un tuo, cui si giunse con mezzi pacifici e meno pacifici, nacque cioè la proprietà privata»⁷¹.

Nel Medioevo la distinzione tra lo *ius naturale* e lo *ius gentium* si ispirò al dogma cristiano e assunse diverso valore semantico e culturale. Fu unanimemente

⁷¹ Ugo Nicolini, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 5.

accettato che Dio fosse il giudice superiore e il *dominus* di tutto il mondo. Ne consegue che nello stato naturale non esistette il *dominium*, né la distinzione dei beni tra le persone. Nella letteratura patristica, i teologi riconoscevano una fase storica in cui *omnia sunt communia*, gli uomini usarono e consumarono i beni insieme, senza distinguere la proprietà privata. In una tale società prevalse il diritto naturale, e perciò la *proprietas* non fa parte degli istituti regolati dal diritto naturale. Contrapposto a questo diritto naturale o divino, in seguito alla corruzione e decadenza dell'essere umano, fu introdotto lo *ius gentium*, che riconobbe la divisione dei beni e la proprietà privata. Dunque, se lo *ius naturale* ha origine divina, lo *ius gentium*, a sua volta, è un istituto meramente umano. Quindi i due *iura* corrispondono rispettivamente a due fasi storiche nell'evoluzione umana e hanno diverse origini e nature. Però, l'emersione dello *ius gentium* non implica l'abbandono dello *ius naturale*. Infatti, anche lo *ius gentium* deve consistere nella *ratio naturalis*⁷². La letteratura patristica ha sviluppato la teoria del diritto naturale primario e del diritto naturale secondario. Il primo risponde allo stato naturale prima del peccato, mentre il secondo risponde all'apparizione delle istituzioni umane dopo che si commette il peccato⁷³. Nonostante abbiano commesso il peccato e si siano allontanati perpetuamente dallo stato di innocenza, gli uomini non possono fare la legge all'infuori della volontà divina. Ne consegue che la legge umana, sia quella comune a tutti i popoli che quella diretta a una particolare città, rappresenta ineludibilmente regole preesistenti ispiratesi alla ragionevolezza e svelate dalla rivelazione divina da scoprire, compilare e promulgare⁷⁴.

Da qui emerge un interrogativo delicato: come mai la divisione dei beni e l'apparizione del *dominium*, che si contrappone evidentemente al comunismo primitivo imposto dal diritto naturale, contiene pure l'elemento ragionevole che regola lo *ius gentium*? Per rispondere a questa domanda, San Tommaso distinse due *principia* nel diritto naturale e dichiarò che, la proprietà privata, nonostante non

⁷² *Ivi*, p. 14.

⁷³ *Ivi*, p. 14-15.

⁷⁴ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 135-144.

esistesse nel periodo in cui dominò il diritto naturale, non si contrappone necessariamente ai principi del diritto naturale. *Distinctio possessionum* non è altro che l'aggiunta nello *ius gentium* in favore dell'utilità umana⁷⁵. Perciò i due *iura* si contrappongono solo 'storicamente', ma non 'logicamente'⁷⁶.

⁷⁵ *Summa Theologiae*, IIa, IIe, q. 66, a, 2, *ad prim*: «Unde proprietas possessionum non est contra ius naturale, sed juri naturali superadditur per adinventionem rationis humanae».

⁷⁶ Ugo Niccolini, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, *Op. cit.*, p. 15.

§ 2. La discussione dei giuristi medievali intorno all'espressione *distincta dominia* del frammento *Ex hoc iure* (D. 1,1,5)

I civilisti, da Irnerio a Bartolo, da Iacopo d'Arena a Alessandro Bolognetti, considerarono in linea generale la proprietà privata come un istituto dello *ius gentium* in opposizione allo stato primitivo e innocente dello *ius naturale*, in cui ogni cosa fu comune ad ognuno⁷⁷. Intorno al famoso frammento *Ex hoc iure* (D. 1,1,5) di Ermogeniano⁷⁸, i giuristi sollevano fare due domande sostanziali riguardanti l'origine del *dominium*. Per esempio, Accursio si domandò nella Glossa ordinaria se *dominium* fosse un istituto introdotto dallo *ius gentium* o se esistesse già nello *ius naturale*. Riferendosi alla Bibbia, Accursio offrì la sua argomentazione: nel *Decalogo* Dio aveva ordinato al popolo di Mosè di non rubare e di non desiderare i beni del prossimo, nel senso che non si violasse la proprietà privata. Se Dio stesso riconobbe l'invulnerabilità del *dominium*, appare che nel diritto naturale esistesse già la divisione dei beni e la proprietà privata prima che lo *ius gentium* lo introducesse nella società umana⁷⁹. Allora come conciliare questa apparente contraddizione tra il testo biblico e quello legale?

Accursio espone due soluzioni. In primo luogo, si chiarisce che quando il *Decalogo* fu dato a Mosè, gli uomini erano già entrati nell'età dello *ius gentium*, e quindi il divieto di non violare la proprietà altrui, malgrado l'origine divina, deve

⁷⁷ Irnerio, *gl. Distincta dominia*, ad l. *Ex hoc iure*, ff. *De iustitia et iure*: «natura enim nihil privatum» (ed. Besta); Iacopo d'Arena, *Commentarii in universum ius civile*, 1541, *In primum Pandectarum totum commentaria, proemium*, n. 3, fol. 61r: «Item dominia sunt de iure gentium, ut infra de Instit. et iure. l. ex hoc iure, quod appellatur ius naturale: ut Instit. de rerum. divi. §. singulorum et infra de iustitia et iure, omnes populi at ius naturale est incommutabile...»; Bartolo da Sassoferrato, *In primam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1615, l. *Ex hoc iure*, ff. *De iustitia et iure*, n. 4, fol. 6v: «Dicit hic dominia distincta. Contra, immo videtur, quod sit de iure naturali vel divino. Unde op. de l. I, in fine infra de furt. ibi, quod de iure naturali... Glossa dat duas solutiones. Prima, quod etiam ante illas leges, et ante illam auctoritatem. Furtum non facies, erat ius gentium, secundum quod dominia rerum erant distincta, et haec est vera solutio. Tamen quidam dicunt, quod ante ius gentium dominia erat in communi, et erant unita, sed postea per ius gentium, distincta fuerunt. Et ista est opinio falsa, quia si dominia fuissent in communi ante ius gentium, non potuissent committi furtum, quia nemo presumitur».

⁷⁸ «Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ: exceptis quibusdam quæ iure civili introductæ sunt».

⁷⁹ *Gl. Dominia distincta*, ad l. *Ex hoc iure*, ff. *De iustitia et iure*: «Imo et secundum ius naturale sunt distincta, quia secundum ius divinum aliquid erat proprium. Dicitur nam furtum non facies. Item, non concupisces rem proximi tui. Item non retinebis mercedem mercenarii tui usque ad mane. Item non appareas in conspectu Dei tui vacuus».

essere considerato come *ius gentium* piuttosto che *ius naturale*⁸⁰; in secondo luogo, diversamente dalla distinzione tra *ius naturale* e *ius gentium*, in realtà, l'espressione *distincta dominia* si riferisce alla distinzione tra dominio diretto e dominio utile.

Accettata la seconda soluzione, ne consegue che ci sia anche un *dominium iure civili*, poiché si può acquistare il dominio utile per mezzo degli istituti del diritto civile, quale prescrizione e enfiteusi⁸¹. Invece, secondo la spiegazione di Accursio, il diritto naturale, nonostante sia immutabile, buono ed equo di per sé, accetta mutamenti in alcuni settori giuridici specifici⁸². Da qui traspare un'altra domanda discussa spesso dalla giurisprudenza medievale. Se il possessore di buona fede acquista il dominio utile tramite prescrizione, un istituto proprio del diritto civile, sembra che il *dominium utile* non sia derivato unicamente dallo *ius gentium*. Perché non esiste pure un dominio originato dal diritto civile? Analogamente, quale dominio hanno gli enfiteuti, i superficciari, i vassalli e i *similes* creati dagli istituti civili?

Accursio non è l'unico ad essere consapevole di questi interrogativi. Iacopo Butrigario ha posto le stesse domande nel commentario alla legge *Ex hoc iure*. Per rispondere alla prima domanda, egli seguì la soluzione di Accursio⁸³; quanto alla seconda, Iacopo Butrigario asserì l'origine della proprietà privata dallo *ius gentium* ma questo, tuttavia, non impediva uno sviluppo storico del dominio (*ambulatio dominiorum*), così che in seguito allo *ius gentium* nacque un dominio in base agli

⁸⁰ *Ibidem*: «Et si dicatur, omnia sunt communia iure naturali expone, idest, communicanda, sed responde etiam tunc quando haec praecepta divina dabantur Moysi a Deo, erat iusgentium, et secundum illud dicebatur aliquid meum, nam cum essent gentes iam coniunctae, erat iusgentium, ut Instit. de rerum divisione. §.singulorum».

⁸¹ *Ibidem*: «vel dic dominia distincta, scilicet directa ab utilibus, et econtra. Item nonne etiam iure civili dominia distinguuntur, ut per usucapionem. Responde sic, ut Instit.de usu et habitatione.§.si. Item per arrogationem. Item per sententias. Item per testamenta».

⁸² *Gl. ius civile*, ad *l. Ius autem civile*, ff. *De iustitia et iure*: «detrahitur ergo iuri naturali in usucapione, quae est contra ius naturale et est de iure civili... Nec obstat, quod ipsum sit immutabile...quia illud verum in suo genere, in certis autem capitulis mutatur, vel dic licet mutetur quo ad observantiam ipsam, tamen semper bonum et aequum est».

⁸³ Iacobi Butrigarii *In primam et secundam veteris Digesti partem*, I, 1606, in *Opera iuridica rariora*, XIV, Arnaldo Forni, Bologna, 1978, ad *l. Ex hoc iure*, ff. *De iustitia et iure*, n. 3, p. 4: «Item oppono, quod ante ius gentium sint distincta dominia: nam dictum est furtum non facies. Solve, ut in glos. nam ibi sumitur ius naturale pro lege Mosaica».

istituti specifici del diritto civile⁸⁴. Iacopo Butrigario intende, dunque, distinguere un dominio specifico dal dominio generale.

Queste due domande, a nostro avviso, appaiono come due facce della stessa medaglia. Rispetto allo *ius naturale*, sia *ius gentium* che *ius civile* si trovano sullo stesso piano. Entrambi si presentano sotto forma di distorsione, corruzione e decadenza dello stato naturale caratterizzate dall'innaturalità artificiosa che non esiste nello *ius naturale*. Il *Decretum* di Graziano ha già indicato la differenza sostanziale tra di loro: attraversare il campo altrui è permesso dal diritto divino; ma viene severamente vietato dal diritto delle genti⁸⁵. Quindi c'è un contrasto tra il diritto naturale/divino e il diritto delle genti/civile. La differenza tra di loro risulta sostanziale.

Al contrario, la differenza tra *ius gentium* e *ius civile* è soltanto spaziale. Se *ius gentium* è comune per tutti i popoli, *ius civile*, a sua volta, si applica unicamente allo Stato romano. Che i romani imponessero che qualche specifica appartenenza venisse riconosciuta come dominio non esclude che il dominio si sia originato dallo *ius gentium* successivamente al peccato. Nel complesso, è con l'introduzione dello *ius gentium* che gli uomini iniziano a distinguere la proprietà privata.

Accanto al coro dottrinale che riconosceva l'origine del *dominium* dallo *ius gentium*, non mancano le voci diverse. Alcuni teologi e giuristi medievali si impegnarono a ricercare il contenuto preciso dello stato naturale per affermare che il dominio esisteva già nel diritto naturale. Che significa il precetto che ogni cosa fu comune a tutte le persone (*communis omnium possessio*) secondo il diritto naturale? Il Glossatore Giovanni Teutonico propose un altro modo di capire questa formula: *communis* vuol dire l'uso comune in caso di necessità. In altri termini, la proprietà

⁸⁴ *Ibidem*: «Item oppo. quod etiam de iure civili dominia acquirantur, ut Instit. de rerum divisione § singulorum; sed dic, quod separatio dominiorum, scilicet, quod aliquid sit meum, et aliquid tuum, processit a iure gentium; sed ambulatio dominiorum, de uno in alium, fuit tam iuris gentium, ut contractus iurisdictionis; et similia, quam iuris civilis, ut per usucapionem, et testamenta, ut dicto § singulorum».

⁸⁵ «Fas lex divina est, ius lex umana. Transire per agrum alienum est fax, ius non est».

privata può esistere anche nel diritto naturale, e il comunismo naturale si effettuava solo in situazioni determinate (*tempore necessitatis*)⁸⁶. In questo modo si risolve idealmente la questione dell'origine del dominio. Secondo questa opinione, quando Dio ordinò al popolo di Mosè di non rubare, non fece altro che ripetere i precetti osservati dagli uomini fin dall'età del diritto naturale.

Nelle polemiche intorno a queste due domande svolte dai *doctores*, vale la pena di fare riferimento alle rilevanti opinioni di Angelo degli Ubaldi e di Alberico da Rosciate. Angelo degli Ubaldi spiegò che *distincta dominia* debba essere compresa da due punti di vista. Quanto alla distinzione, dominio deriva dal diritto delle genti, mentre quanto alla sostanza, dominio è di diritto divino⁸⁷. Si è già apparsa l'intuizione che questo sia mio e quello sia tuo, nonostante si effettui anche un comunismo di tipo naturale; solo con l'introduzione dello *ius gentium* si cominciò a mettere in atto il dominio come un istituto umano per separare e distribuire i beni tra diverse persone. In altri termini, «il *ius gentium* non ha creato la proprietà in sé, ma ha semplicemente distinte le singole proprietà private»⁸⁸.

Alberico da Rosciate riconobbe parzialmente la proprietà imposta dal diritto naturale, ma sottolineò che una tale proprietà consistesse solo nell'uso comune⁸⁹. Nello stato di innocenza, la proprietà non è sconosciuta agli uomini, che usarono però le cose comunemente. Lo *ius gentium* non inventò il dominio da nulla, ma stabilì la

⁸⁶ Quanto al pensiero di Giovanni Teutonico in merito al dominio nel diritto naturale, si veda Ugo Nicolini, *La proprietà*, Op. cit., p. 23.

⁸⁷ Per quanto riguarda il pensiero di Angelo degli Ubaldi e la sua ispirazione a San Tommaso, si veda Ugo Nicolini, *La proprietà*, Op. cit., pp. 24-25.

⁸⁸ *Ivi*, p. 25.

⁸⁹ Alberici de Rosate, *In primam ff. veteris partem commentarii*, Venetiis, 1585, ad l. *Ex hoc iure*, ff. *De iustitia et iure*, nn. 9-10, fol. 13v: «Seconda op. quod hic dicitur, quod dominia de iure gentium sint distincta. Imo videtur distinctia dominiorum fuisse de iure naturali, quod cavetur, quicquid calcaverit pes tuus tuum erit, non furtum facies, non concupisces rem proximi tui. Sol. dicunt quidam, quod autem illud ius divinum erat ius gentium: vel dic, quod autem ius gentium erant res distinctae, quantum ad usum, non quantum ad dominium, vel dic, quod in statu innocentiae ante peccatum non erant proprietates, sive dominia huic vel illi applicata: sed omnia erant communia omnibus...communis etiam omnium usus, qui sunt in hoc mundo omnibus hominibus esse debuit. Sed per iniquitatem unus dixit hoc esse suum, et alius illud: et sic inter mortales facta est divisio... Ex quo patet, quod proprietates, et dominia rerum distincta sunt sequela peccati, et propter peccatum introducta, scilicet per habendi cupiditatem... Unde bella, et lites inter vobis: nonne ex concupiscentiis, quae dominantur in membris vestris: et haec inducunt solitudinem rerum temporalium et inordinatum amorem, quia unusquisque intantum afficitur ad rem propriam, quae retrahitur ab amore Dei secundum plus et minus».

divisione dei beni dovuti agli individui. Il dominio, in quanto istituto umano, si carica di un valore moralmente passivo. Si riferisce sempre al peccato, *iniquitas*, *cupiditas* e all'amore verso i beni temporali invece che verso Dio. Dopodiché Alberico da Rosciate si impegnò a affrontare la domanda se esiste anche un dominio civile accanto a quello delle genti. Egli sostenne di no. Il cosiddetto dominio civile, invece, non riguarda l'origine del dominio, bensì riguarda solo i modi di acquisto del dominio: «...respondet, quod differentia non est ex parte dominii, sed ex parte acquisitionis: nam dominium de iure gentium dicitur, quod acquiritur per acquisitiones iuris gentium: et dominium civile, quod acquiritur per acquisitionem iuris civilis. Dominium est ergo secundum istos de iure gentium, sed modi acquirendi sunt aliqui de iure civili, alii de iure gentium, ut dictum est»⁹⁰. Si affianca a Alberico da Rosciate anche Bartolo da Sassoferrato⁹¹.

Nel complesso, si può desumere che i giuristi medievali erano lungi dall'essere concordanti su questo punto. Anche i giuristi che sostenevano l'opinione corrente non potevano trascurare quella contraria. Merita citare il discorso conclusivo di Baldo degli Ubaldi. Baldo ritenne che il diritto naturale riferito dalla legge *Ex hoc iure* andasse compreso come il diritto inerente alla natura umana, ovvero *ius gentium*, ovvero la legge mosaica. Avere le cose in comune successe solo nel caso di necessità, si tratta di un costume più che di un precetto obbligatorio. Bartolo rimproverò l'opinione proposta dalla Glossa, secondo la quale l'espressione *distincta dominiorum* possa riferirsi alla distinzione fra dominio diretto e utile, poiché una tale distinzione è fatta dal diritto civile, sconosciuta alla *simplicitas* del diritto di genti. Lo *ius gentium*, a sua volta, non conosce la causa particolare degli istituti romani, quali contratto enfiteutico e prescrizione⁹². Nel discorso successivo Baldo ricercò la natura del

⁹⁰ *Ivi*, n. 12, fol. 13v.

⁹¹ Bartolo da Sassoferrato, *loc. ult. cit.*, n. 5: «...videtur quod dominia fuerunt introducta de iure civili, nam testamentum est de iure civili...et tamen dominium acquiritur... Item sententia est de iure civili...et tamen per sententiam transfertur dominium...item per arrogationem... Item per monachationem...et omnia ista sunt de iure civili et non gentium. dicit Glossa quod de iure gentium sunt introducta ut hic, et de iure civili aprobat, ut lege contraria. vel melius secundum doctores potest dici dominia introducta de iure gentium ut hic, tamen modi acquirendi dominia sunt introducta de iure civili, ut in contrario».

⁹² *Ibidem*, «Opponitur tertio, dicitur hic quod dominia sunt distincta de iure gentium. Contra, imo de iure naturali... Sol. hic ponitur ius naturale pro iure proprio naturae humanae, idest pro iure gentium, vel pro lege Mosaica. Contra

dominium utile e lo indicò definitivamente come uno *ius imperfectum* e *semi plenum*, che non viene conosciuto dallo *ius gentium* («Item utile dominium non est ius perfectum, et *ius gentium* iura imperfecta et semi plena non novit»)⁹³. Per quanto riguarda il *dominium civile*, Baldo ha riassunto le opinioni dei giuristi precedenti e l'ha analizzato in doppio senso: rispetto al *subiectum*⁹⁴, *dominium* deriva dallo *ius gentium*; tuttavia, rispetto al *modus acquirendi*, alcuni istituti civili possono anche creare nuovi *dominia*⁹⁵. L'apparente contraddizione tra questa legge (*Ex hoc iure*) e gli altri frammenti che riguardano i modi di acquisto della proprietà non è vera contraddizione, considerato che il termine *dominium* esprime diverse accezioni secondo il contesto.

hoc opponitur, quia per legem divinam omnia sunt communia. Sol. expone communia, idest communicanda tempore necessitatis, et hoc est magis consilii, quam precepti respectu fori iudicialis: vel dic ad praecedens contrarium quod de iure gentium sunt distincta dominia, id est qualitates dominiorum, id est directa ab utilibus. Ita dicit glossa male, quia simplicitas iuris gentium has formulas non novit. Nam si cognovisset effectum, cognovisset et causam: sed non cognovit causam, puta contractum emphyteuticum, et praescriptionem, ex qua quaeritur utile dominium, quia ista sunt de iure civili».

⁹³ *Ivi*, n. 32.

⁹⁴ *Subiectum* è un termine filosofico introdotto dai giuristi nella scienza giuridica medievale. Significa la materia da cui la sostanza prende la forma individuante, ovvero «il carattere non transitorio di un essere... concepito in senso oggettivistico od ontologico, come realtà a sé stante» (cfr. V. Frosini, *Soggetto del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, 1970, rist. 1982, p. 813.). Con l'uso di questo termine, Baldo intese fare riferimento alla sostanza permanente del *dominium*, in contraddizione all'*accidentia*.

⁹⁵ Bartolo da Sassoferrato, *loc. ult. cit.*, nn. 32-33: «... et videtur quod dominia sunt distincta de iure civili... Sol. aut loquimur de dominio respectu subiecti, aut respectu modi acquirendi. Primo casu est de iure gentium sicut possessio: nam est a possessione consecutive... tamen inhaeret nobis magis quam possessio... Secundo vero casu respectu modi certum est, quod multi sunt modi acquirendi dominia de iure; et totidem amittendi, quia generatio unius est corruptio alterius».

§ 3. La discussione sull'origine del *dominium utile*. Un *dominium iure gentium* o *iure civili*?

È da notare che nel discorso viene esaminato in particolare il *dominium utile*. Baldo evidenziò esplicitamente che il *dominium utile* non derivasse dallo *ius gentium*, bensì venisse creato dagli istituti civili. Questo giudizio, a nostro avviso, segnala lo sviluppo dottrinale rispetto alla Glossa accursiana. Accursio si limitò a rapportare l'opinione che *distincta dominia* significhi anche la distinzione fra dominio diretto e dominio utile, senza proporre alcuna valutazione. Baldo, al contrario, respinse questa opinione e insistette sulla semplicità dello *ius gentium*. Un confine viene delineato senza ambiguità: da una parte il dominio diretto, dall'altra il dominio utile. Occorre precisare la differenza sostanziale prima di trattare l'origine del dominio dallo *ius gentium*.

Rispetto alla soluzione lucida di Baldo, Paolo di Castro cercò di risolvere il problema da diverso punto di vista. In base alla Glossa, egli ha presentato due soluzioni. La prima riguarda il significato dello *ius naturale*. Secondo Paolo di Castro, ci furono due diritti naturali, uno creato da Dio e diretto a tutti gli animali, un altro consistente nella legge data da Dio a Mosè, ispirata alla ragione naturale. Entrambi i diritti non introdussero il *dominium*. Invece fu lo *ius gentium* a introdurre il *dominium* nella vita umana, mentre lo *ius gentium* è un *medium* tra i due diritti naturali; la seconda soluzione corrisponde all'opinione di Angelo degli Ubaldi e sostiene che *dominium*, nonostante la sua origine dal diritto naturale, fu introdotto e distinto dallo *ius gentium* quando gli uomini sentirono la necessità di precisare il mio e il tuo. In sintesi, l'invenzione del *dominium* risulta dalla *initio rationalis* del diritto naturale, mentre la distinzione del *dominium* deriva dalla decadenza dell'umanità dello *ius gentium*⁹⁶.

⁹⁶ Pauli Castrensis *In primam Digesti veteris partem*, Lugduni, 1548, ff. *De iustitia et iure*, l. *Ex hoc iure gentium*, n. 19-20, fol. 7v: «Capió quartum verbum, dicitur hic dominia distincta. Opponitur in glossa duobus modis. Primo, quod dominia non fuerunt inventa de iure gentium, sed de iure divino, cum in illo dicatur: non furtum facies. Constat quod furtum non potest fieri, nisi re aliena, ut infra de furto l.i.in fine et sic erat dare dominium. Item probatur per alias auctoritates allegatas in glossa et si dicatur, non esse verum, quod de iure divino fuerit aliquid

Per non dare luogo all'eventuale incertezza, Paolo di Castro continuò a rendere chiaro il procedimento di invenzione e di distinzione del dominio: quando le cose furono comuni per tutti, ognuno ebbe indivisamente una parte del dominio totale, e perciò si dice che il *dominium* sia invenzione del diritto naturale; quando si ha la proprietà privata in seguito all'occupazione, invece è stabilita la distinzione dei beni introdotta dal diritto delle genti. Tutto ciò rende impossibile il furto nello stato primitivo dominato dal diritto naturale⁹⁷.

Ma come interpreta Paolo di Castro il *dominium utile*? È un *dominium de iure gentium* o *de iure civili*? Al di là della semplice dicotomia, l'osservazione di Paolo di Castro sembra più complicata. Il giurista raggiunse la conclusione solo dopo ripetute citazioni e riflessioni. Egli citò le opinioni della Glossa e di Pietro di Bellapertica, che confermarono l'origine dallo *ius gentium* del dominio utile. Il punto di riferimento è la locazione a lungo tempo, per la quale viene acquistato il dominio utile. Però, la

proprium, imo contra omnia erant communia in d.c. ius naturale, ibi dum dicit communis omnium possessio. Glossa dicit, quod illud debet intelligi, id est, communicanda tempore necessitatis... Glossa respondet ad hoc contrarium duobus modis. Prima solutio est: et ista est bona ut fateamur, quod tempore, quo fuit conditum illud ius divinum in quo sunt auctoritates allegatas in glossa, et quo illa praecepta fuerunt data Moysi, iam erat adinventum dominium, scilicet iure gentium, quod praecesserat. Non ergo ius divinum introduxit dominium, sed super introducto a iure gentium disposuit. Ex quo patet, quod ius gentium fuit antequam dictum ius divinum. Sed contra hoc opponitur, et ista oppositio fuit de mente gloss. licet non expresserit, imo ius divinum fuit ante ius gentium. Nam ius divinum capitur pro naturali... Sed ius naturale fuit ante ius gentium, ut patet hic in ordine text. quia primo loco potius. Glossa voluit hic contrarium formare et non solvit. Tu dic, quod ius divinum quantum ad propositum capitur duobus modis. Primo, pro ipsa natura a Deo creata: et istud ius naturale est infinitum animantibus a natura sine aliqua constitutione scripta, et de isto iure divino non fuit introductum dominium. Secundo pro lege moysaica quae fundata est super ratione naturali, et istud ius dicitur positum, nec etiam isto iure fuit introductum dominium. Restat ergo quod fuit introductum a iure gentium, quod fuit medium inter ista, et ita intelligit glossa. Secundo modo solvit glossa quod hic non dicitur dominia fuisse inventa de iure gentium, sed distinctam possumus ergo dicere, quod fuerunt inventa de iure naturali primevo, sed distinctio a iure gentium, et si dicatur quae fuit ista distinctio, glossa dicit, quod fuit distinctio directi domini ab utili, et sic fuit respectu ipsius domini ex qua glossa nota quod dominium utile processit a iure gentium, quod est notandum: de quo statim dicam. Alii vero tenentes eandem opinionem, quod dominium fuerit inventum de iure naturali, distinctio vero de iure gentium, intelligunt istam distinctionem aliter, scilicet respectu personarum, et quod ista distinctio fuerit quaedam distinctio. Nam de iure divino dominium fuit inventum in communi, sed per ius gentium fuit divisum, prout sibi occupavit ut haec pars sit mea, et illa tua, et hanc partem sic videtur sequi Baldus, dicens quod tria sunt, quorum unum non est aliud, scilicet inventio domini, et ista fuit ab initio rationalis creature inspecto iure divino seu naturali. Item distinctio domini de qua supra, et ista fuit de iure gentium ut hic».

⁹⁷ *Ibidem*: «Nam quod commune est, meum est...et quod meum est, in dominio meo est... Si ergo de iure naturali communi erat omnium possessio, ergo quilibet habebat partem domini pro indiviso et sic dominium fuit illo iure inventum, postea vero fuit divisum per occupationem de iure gentium...».

normale *locatio* non crea la *vis* che connota la locazione a lungo tempo⁹⁸. Al contrario, alcuni giuristi (*alii*) ritennero che il dominio utile dovesse derivare dal diritto civile, poiché è l'azione pretoria a creare un tale effetto. Paolo di Castro, nonostante acconsentisse alla loro conclusione, non ne sostenne l'argomentazione. Egli disse, se questa logica fosse vera, anche il dominio diretto, cui viene concessa la *vindicatio rei*, dovrebbe provenire dal diritto civile, poiché la *vindicatio* è pure un istituto civile. Ma la verità è un'altra. Paolo di Castro concluse che tutti i modi di acquisto del dominio utile siano proprio del diritto civile. Il diritto delle genti non conosce un tale dominio prodotto dall'interpretazione dei giuristi anziché dal contratto o dal consenso abituale⁹⁹. In questo modo, Paolo di Castro confermò in modo deciso l'opinione di Baldo. Questa opinione fu così accettata dai giuristi che Giasone del Maino riconobbe che alla sua epoca la contraria opinione sostenuta dalla Glossa venisse biasimata generalmente dai *moderni*¹⁰⁰.

Tutto sommato, si può scoprire che, con l'andare del tempo, la riflessione scientifica al riguardo diventava sempre più articolata e le opinioni dottrinali si presentavano sempre più unitarie. In linea generale, si insistette che il *dominium* fosse sostanzialmente un istituto originato dallo *ius gentium*, mentre veniva respinta la tesi della Glossa, secondo la quale *distincta dominia* si riferisce alla distinzione tra dominio diretto e dominio utile. Se al tempo della compilazione della Glossa i Glossatori furono ancora discordanti quanto all'identità del dominio utile, all'apogeo

⁹⁸ *Ivi*, n. 21, fol. 8r: «Sed quaero an praedicta locum habetur in dominio directo? Quid in utili dominio: an iure civili. gl. hic sentit, ut dixi, de iure gentium. hoc tenet Pe. quia dominium utile acquiritur per locationem ad non modicum tempus...sed locatio est contractus iuris gentium ut hic. ergo et c. Ista ratio nihil valet: quia licet locatio sit contractus iuris gentium, tamen a iure gentium non habet hanc vim, ut ex ea aliquod dominium quaeratur...sed a iure civili sibi tribuitur, quando ad non modicum tempus fit, ergo de iure civili videtur praedictus effectus utilis dominii...».

⁹⁹ *Ibidem*: «Alii dicunt, quod est de iure civili, quia pro tali dominio prodita est actio a pretore, scilicet utilis... sed ius praetorium dicitur civile... Ista ratio nihil valet: quia non sequitur actio competens pro ipso est de iure civili: ergo et ipsum est de iure civili. Nam et directa rei vindicatio est de iure civili, sicut et omnes alie actiones, in alia gl. ut ibi dicam, ut hic Bald. tenens hanc opinionem. assignat aliam rationem, dicens, quod utile dominium non venit ex principiis iuris gentium, quia non ex contractu vel consensu habito super re vel super usu rei, sed venit ex interpretatione iuris civilis, et vocatur dominium improprie. Ista ratio videtur bona sic declarando, nam omnes modi per quos quaeritur dominium utile, sunt inventi de iure civili, nullus de iure gentium. ergo nec iure gentium fuit cognitum. Nam si cognitum fuisset, aliquis modus fuisse inventus, per quem quaeritur: sicut inventi fuerunt super dominio directo. hoc autem sic ostendo».

¹⁰⁰ Iasonis Mayni *In primam Digest veteris partem commentaria*, Augustae Taurinorum, 1592, ad l. *Ex hoc iure*, ff. *Ex hoc iure*, n. 40, fol. 10r: «... glossa praesupponit dominium utile esse de iure gentium, et Pet. sequebatur... Certe Iacobus de Ravanis, Bartolus, Baldus et communiter moderni reprehendunt glossam et Petrum, quia dominium utile est de iure civili».

del *mos italicus*, i giuristi erano pienamente consapevoli dell'impurità e dell'artificialità del dominio utile e concordanti che dovesse rientrare nella sfera del diritto civile in quanto tale. Ci sembra utile trascrivere un lucido passo di Giovanni Bolognetti, un giurista del Cinquecento, per concludere questa sezione. Bolognetti enumerò dettagliatamente le ragioni della distinzione del dominio ispirate al pensiero di San Tommaso:

Prima: quia per eam quis efficitur magis sollicitus circa rem propriam quam communem, et communia negliguntur... Secundo: quia, res humanae maiori ordine tractantur si singulae res singulis assignentur, tum alias esset quaedam confusio...et melius cum re propria conservabit personam suam et filiorum, quam cum re communi. Tertia est: quia resultat status magis pacificus: quia communio solet parere multas discordias... Quartam rationem potes addere: quia naturalis ratio dictat, ut qui difficulter vivunt. Cogantur labore, ne aliqui de labore alieno vivere vellent, et ipsi ire spaciaturum cum alioquin magis potentes et minus laborantes perciperent fructus colectos et alii fame perirent. Unde induceretur quaedam confusio, et armis fructus omnes defendendi, et percipiendi essent. Unde non tantum utilis, sed prope necessaria fuit distinctio dominiorum, et conveniens iuri naturali, quod licet induxisset terram communem omnibus, tamen non prohibuit quin illa deberet distingui, et singulas partes assignari¹⁰¹.

¹⁰¹ Ioannis Bologneti *Repetitiones in eam Pandectarum partem, quam primam Digesti novi...* Venetiis, 1571, *Summaria in l. primam ff. De acquirendo possessione*, n. 25, fol. 167v.

Sezione III. Il *dominium utile* posto sul piano dell'effettività. La formazione della nuova idea della proprietà

In seguito al declino dell'Impero Romano, l'Europa dell'alto Medioevo visse un periodo d'incertezza socio-politica e di decadenza culturale. Il patrimonio prezioso della civiltà giuridica classica si è ridotto ai testi pedagogici delle scuole grammaticali ed è stato ricercato solo per motivo etimologico e letterale¹⁰². Non esisteva più la vera e propria giurisprudenza raffinata. Ai giureconsulti si sostituirono i pratici rappresentati dai notai e dai giudici, ignari dei dogmi astratti ma immersi nella vita reale della società. Le formule contrattuali adottarono alcuni concetti e precetti romani, ma provocarono anche nuove confusioni e incertezze. I pratici si limitarono a ricordare le consuetudini senza intenzione di riordinarle o sintetizzarle con particolari strumenti tecnici. Successivamente, in una società senza l'autorità centrale né una scienza giuridica sviluppata, le consuetudini assumono la funzione determinativa nel diritto. In tale contesto, le consuetudini consistono in ripetizione e reiterazioni delle esperienze precedenti e le riconoscono come normative fattuali¹⁰³. Infatti, le consuetudini avevano una dimensione spaziale e temporale così vasta che fusero in modo graduale le istituzioni romane e barbariche¹⁰⁴. Quindi non è difficile da comprendere che la prevalenza delle consuetudini in quasi ogni settore giuridico facesse emergere il valore dei fatti.

¹⁰² Guido Astuti, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, Cedam, Padova, 1953, p. 409: «Prima di Irnerio e dei Glossatori bolognesi, non vi fu una giurisprudenza in grado di interpretare correttamente e di studiare armonicamente le fonti del diritto romano... lo stesso accostamento ed uso diretto dei *libri legales* doveva apparire troppo arduo e difficile ai pratici... Le glosse al Codice, all'Epitome di Giuliano, alle Istituzioni, assumono assai raramente il carattere di vera interpretazione giuridica, e sono talora del tutto barbare, futili, o erronee».

¹⁰³ Per quanto riguarda le consuetudini medievali, si veda: Guido Astuti, *Consuetudine (Diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV (1960), pp. 310-320, ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Vol. III, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1984, pp. 1871-1903.

¹⁰⁴ Guido Astuti, *Consuetudine*, cit., p. 1902: «Pur senza disconoscere la importanza e la tenace sopravvivenza di istituzioni e norme giuridiche proprie dei barbari, evidentissima nel diritto feudale, e sensibile anche nel diritto pubblico, penale e processuale, come nel diritto privato, almeno in determinate materie, crediamo tuttavia di poter asserire che questo lento e contrastato processo storico di formazione di una nuova civiltà giuridica comune fu in Italia essenzialmente un processo di incivilimento dei barbari, cioè di laboriosa assimilazione di principi ed istituti giuridici romani da parte delle popolazioni di stirpe germanica».

Nei secoli XII e XIII, l'alienazione dei beni censuali, livellari, enfiteutici e feudali costituisce la principale origine della proprietà privata¹⁰⁵. Il sentimento empirico dei fatti diurni prevale sulla costruzione astratta delle concezioni e intacca gradualmente la concezione tradizionale della proprietà romana. Quando si parla delle forme di alienazione concessionarie, ci si trova di fronte ad una moltitudine affollata di anomalie: precaria, livello, enfiteusi, masseria, parzionaria e così via. I vari contratti hanno caratteristiche differenziali e talvolta intercambiabili così che «portano a una sempre più netta scomparsa di un rigido discrimine fra proprietà e contratti, portano all'esaltazione di quella complessa stratificazione di situazioni reali... Un cumulo di situazioni reali tutte gravanti sul dominio formale della *res quasi* a toglierli vitalità come su di un tronco un groviglio di piante parassite»¹⁰⁶. Quello del fondo allodiale era forse l'unico proprietario *iure pieno* sul proprio bene. Gli altri soggetti erano sottoposti a diversi vincoli gravati sulla terra¹⁰⁷. Perciò si sottolineava che il proprietario aveva a disposizione la sostanza del *dominium* dal momento che non subiva alcuni oneri censuali o servizi¹⁰⁸.

A partire dalla rinascita della giurisprudenza, i giuristi medievali furono spinti a trascurare le esigue differenze tra i contratti e ad attribuire la confusione ai diversi usi locali di denominare i contratti¹⁰⁹. Questa tendenza dimostra l'approccio dei giuristi di

¹⁰⁵ P. S. Leicht, *Il diritto privato preirneriano*, Nicola Zanichelli, Bologna, 1993, p. 131.

¹⁰⁶ Paolo Grossi, *Problematica strutturale dei contratti agrari nella esperienza giuridica dell'Alto Medioevo italiano*, in *Agricoltura e mondo rurale in Occidente nell'Alto Medioevo, XIII Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo (Spoleto, 22-28 aprile 1965)*, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 1966, p. 495.

¹⁰⁷ Giuseppe Salvioli, *Storia del diritto italiano, IX edizione riveduta*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1930, p. 461: «Tali vincoli erano di ragione pubblica, come per i *bona fiscalia* o demani, i feudi, le regalie; di privata, come per i fedecomessi, le manomorte, tutti beni inalienabili».

¹⁰⁸ «Licet inter dominium et proprietatem nulla sit differentia, possessio tamen differt a dominio, quia qui habet dominium directum, hoc est rei substantiam liberam sine censu vel reddito alii dando vel persolvendo, est ipsius rei directus dominus, qui semper remanet dominus, etsi nolit esse dominus. Qui vero habet utile dominium tantum, hoc est usum fructum rei, alio habente proprietatem, quasi dominus est rei» (*Die Ars Notariae des Rainerius Perusinus*, in: *Quellen zur Gesch. des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter* (a cura di L. Wahrmund), Vol. III, 2, Innsbruck, 1917, ad. tit. VII, *Generalia et specialia quarundam rerum*, p. 21).

¹⁰⁹ Rainerio da Perugia, *Ars notaria*, pars secunda, I, in *Bibliotheca juridica medii aevi. Scripta anecdota Glossatorum*, Vol. II, Bononiae, 1892: «variatur autem secundum conditiones et nomina que sortitur...remanet hic contractus in suum nomen generale... et aliis diversis modis, secundum varia idiomata terrarum, quare, ut opinor, nullam credo fore inter eos differentiam assignandam, nisi dumtaxat in sono vocis»; Giulio Claro, *Sententiae*, IV, *Emphyteusis*, qu. 1: «Si in aliquo contractu sit promiscue facta mentio de emphyteusi, de locatione vel contractu libellario, debent attendi conventiones et pacta, et secundum illa debet iudicari in quam speciem contractus cadat; illa enim denominatio nihil facit».

orientare le consuetudini verso pochi e generali schemi¹¹⁰. Però, i giuristi non furono sempre concordi tra di loro¹¹¹.

In queste svariate consuetudini, il confine tra *dominium* e altri diritti reali è diventato sfumato. Il contatto materiale e costante tra il fondo e il conduttore potrebbe garantire a quest'ultimo un diritto per eccellenza. La prima considerazione è mantenere la stabilità delle attività produttive e elevare la situazione del conduttore. Nei formulari notarili è ricorrente l'espressione generica «ad habendum, tenendum ac possidendum, et quicquid tibi et tuis heredibus deinceps placuerit, faciendum»¹¹² che indicano i diritti vasti del conduttore nei confronti della terra. Grossi ha distinto tre elementi fondamentali nella vita medievale: terra; sangue e durata, «tre fenomeni colmi di normatività, tre forze primordiali che hanno un medesimo significato antropologico»¹¹³. Questi tre elementi giocavano congiuntamente un ruolo importantissimo. La normatività di queste situazioni proviene dal rispetto del Medioevo nei confronti dei fatti, in particolare i fatti utili per la produzione agraria e la collaborazione collettiva. Le consuetudini tennero a rispettare il lavoro e il godimento del conduttore, creando così l'effetto concreto che si ha di per sé della normatività al di sopra dell'effettività¹¹⁴.

¹¹⁰ Pivano, a sua volta, dopo aver messo a confronto i tentativi degli studiosi precedenti di precisare i caratteri dei diversi contratti agrari consueti, propose due grandi classificazioni: contratti formali da un lato, contratti reali dall'altro. Il primo si riferisce ai contratti caratterizzati dalle particolari forme, a prescindere dal contenuto contrattuale, quali precaria e livello; il secondo consiste nel diritto reale. Cfr. Silvio Pivano, *I contratti agrari in Italia nell'Alto Medioevo*, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1904, pp. 1-23.

¹¹¹ Bartolo da Sassoferrato, *In primam Codicis partem*, Venetiis, 1585, l. *Ius emphyteuticarium*, C. de jure emphyteutico, n. 7: «quod nulla sit differentia inter emphyteusim et livellum»; Filippo Decio, *Consilia sive responsa*, Venetiis, 1608, cons. CXLVI, n. 2: «contractus libelli et emphyteusis in effectu non differunt»; Salatiele, *Ars notarie*, Vol. I, a cura di G. Orlandelli, Milano, 1961, p. 145: «emphiteosis autem graece, latine dicitur melioratio, unde dicitur contractus iste emphyteoticus, id est meliorationis, et sortitur varia nomina quia quandoque dicitur precaria, quandoque libellus...»; Rolandino, *Summa totius artis notariae*, Venetiis, 1574, pars prima, cap. I, fol. 55: «et contractus iste secundum diversas terrarum consuetudines diversis nominibus nuncupatur. Dicitur enim emphyteusis, precaria, libellus, census, fictum et aliis pluribus nominibus»; Alessandro Tartagni, *In I. et II. Digesti Novi partem commentaria*, Venetiis, 1570, ad l. *Finita* §. *Si de vectigalibus*, ff. *De damno infecto* (D. 39, 2, 15, 26), n. 39: «omnes secundum communem usum loquendi contractum emphyteuticum appellamus contractum libellarium et e contra».

¹¹² Wernerii *Formularium tabellionum*, curante Iohanne Baptista Palmerio, lib. II, VIII, 6, in *Bibliotheca juridica medii aevi* Vol. II, cit., p. 25.

¹¹³ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 75.

¹¹⁴ Giovanni Diurni, *Possesso nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV Edizione, Vol. XIV Civile, Utet, 1996, p. 62: «Se in un determinato ordinamento storico, infatti, da una forma concreta di appropriazione, se ne fanno scaturire specifici effetti, se i comportamenti relativi e le conseguenze di essi sono tipizzati e concretamente tutelati, non si è più nell'ambito di una mera realtà, non ci si muove in una fattualità improblematica, bensì si è in presenza di precise regole, che, pur scaturenti dal mondo dell'esperienza, non ne sono più dipendenti, assurgendo a norme con relativa sanzione».

La varietà e l'intreccio delle consuetudini fondiariae hanno dato un impulso determinante alla formazione della peculiare mentalità medievale di percepire la proprietà¹¹⁵. Si tendeva a trascurare la forma estrinseca della proprietà e ad evidenziare l'effetto economico delle diverse situazioni reali. La proprietà formale del concedente veniva sempre più indebolita, mentre il diritto utile del concessionario veniva sempre più rafforzato. Vorremmo aggiungere due esempi per chiarire il carattere della nuova idea della proprietà. Il primo esempio è estratto dalla *Summa quicumque vult* di Giovanni Bassiano:

...patet, quod in actione in rem sufficit, si dicat se dominum, etsi non exprimat dominii causam. Sed numquid sufficit, si dicat, rem, de qua queritur, ad se pertinere? Videtur posse probari, quia potest proponere rei vindicationem et *Publicianam*; ut tamen protestetur, se ex una tantum velle consequi ius suum... Sic ergo licet ei dicere suam vel quasi suam, et ita non habet necesse dicere, suam rem esse praecise, sed sufficit, si dixerit, rem ad se pertinere... Et certe bonum esset actori, si admitteretur libellus eius in forma tali. Sed quia verbum pertinere nimis late patet...¹¹⁶

L'autore si chiese se fosse sufficiente, nell'esercizio dell'azione, affermare semplicemente che la cosa richiesta *ad se pertinere*. La risposta fu affermativa, perché *pertinere* è un termine troppo lato comprendente sia *dominium* sia quasi *dominium*. Basta dire che la cosa appartenga a me senza bisogno di precisare la *dominii causa*. *Pertinere*, malgrado sia vago e molto incerto, è già in grado di esprimere l'intenzione dell'attore di rivendicare la sua cosa.

Il secondo esempio è un passo del trattatello *De verbis quibusdam legalibus* (ca. 1100):

¹¹⁵ È evidente che in ogni determinato periodo storico il concetto della proprietà non possa essere dissociato dal modo di distribuire, di usare e di alienare la terra, poiché «la proprietà fondiaria presenta in ogni tempo certi caratteri tipici che la distinguono da ogni altra specie di proprietà... in stretta correlazione con la natura e funzione del bene che ne è oggetto, la terra, e le esigenze tecnico-economiche dell'agricoltura» (cfr. Guido Astuti, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *Annali di storia del diritto*, I (1957), pp. 13-41, ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., Vol. II, p. 1031-1069).

¹¹⁶ *Die Summa quicumque vult des Johannes Bassianus*, ed. Warhmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, III, 2, Innsbruck, 1925, p. 5.

Si queratur de superficiario et emphiteotecario et colono an sint fructuarii, quia fruuntur utuntur, dicimus quia non, quia fruuntur utuntur rebus alienis, sed quomodo domini intelliguntur. Si enim cadunt de possessione, licebit eis agere actione in rem, quod non liceret nisi quomodo domini intelliguntur¹¹⁷.

Questo passo fa parte del lemma *ususfructus*. Dopo aver spiegato il significato di *ususfructus*, l'autore anonimo iniziò a indagare se il superficiario, enfiteuticario e colono fossero usufruttuari. Secondo la definizione data nello stesso lemma, «*ususfructus est ius utendi rebus alienis, salva rerum substantia*», questi sembrano usufruttuari, poiché usano *rebus alienis*, ne traggono frutto e pagano un canone al concedente. Però, sono riconosciuti come *domini* in qualche modo (*quomodo domini intelliguntur*). In quanto *domini*, conviene concedergli l'*actio in rem*. Paolo Grossi ha citato questo passo con l'intenzione di mettere in rilievo la fusione concettuale tra *dominium*, *possessio* e *ius in re aliena*¹¹⁸. È interessante capire perché la differenza sostanziale tra *dominus* e *usufructuarius* possa essere cancellata a causa di un semplice avverbio *quomodo*. Secondo la logica dell'autore, l'usufruttuario può facilmente convertirsi in *dominus* se usa effettivamente il fondo. Le tre figure che egli enumera sono lavoratori impegnati nella coltivazione e in questo modo costituiscono un rapporto stretto con il fondo permanentemente. È solo per questa ragione che essi diventano *quomodo domini*. Anche la Glossa segue questa idea, asserendo che «*appellatione sui accipe, sive sit dominus directo sive utiliter ut feudatarius, emphyteuta, et similes*»¹¹⁹.

Grazie a *quomodo*, il concessionario non si presenta più come un semplice conduttore, bensì diventa capace di condividere il *dominium* insieme al concedente. Lo schema romano del *dominium* è talmente rotto e rinnegato in seguito al concorso delle diverse situazioni reali.

¹¹⁷ *De verbis quibusdam legalibus, Excerpta Codicis Vaticani Reg. 435*, F. Patetta (ed), in *Bibliotheca juridica medii aevi. Scripta Anecdota Glossatorum*, Vol. II, Bononiae, 1892, n. 38, p. 134.

¹¹⁸ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 148.

¹¹⁹ *Gl. Nam in suis*, C. 10,15,1.

Sotto questo profilo, intendiamo scegliere tre casi per chiarire l'influenza di questa nuova mentalità: 1. La proprietà sulla dote; 2. Le dispute sull'effetto della *praescriptio longi temporis*; 3. Il diritto di superficie.

§ 1. La proprietà della dote

La problematica della proprietà dei beni dotali attira l'attenzione di molti giuristi medievali, dal momento che si tratta della possibilità che due soggetti siano proprietari sulla medesima cosa, con apparente contraddizione. Nel *Codex*, Giustiniano impose che la *res dotalis* facesse parte del bene del marito una volta che il matrimonio fosse valido. Così il marito diviene *dominus* grazie alla *subtilitas legis* e conquista una serie di diritti esclusivi sulla dote (solo l'alienazione della dote è proibita). Nonostante venga permesso alla moglie di usare la dote, essa è ridotta a *domina naturalis* e ha un *dominium* solo in base al diritto naturale¹²⁰. Questa *constitutio* contraddice apparentemente il principio romano che sulla medesima cosa non possono esserci due proprietari indistintamente¹²¹. Accursio ha indicato questa contraddizione («Hoc est planum quod duo non possunt esse domini insolidum nec totius nec partis rei ut sic et infra de castrensi peculio l. Hereditate § Pater...») ma non l'ha risolta in maniera precisa. Gli altri giuristi medievali si sforzarono di risolvere questo conflitto testuale e di conciliare i due testi nella loro *interpretatio*¹²².

In generale, la dottrina medievale distinse due forme di dote: *dos aestimata* e *dos inaestimata*. La *dos aestimata* si esegue con una valutazione verso gli oggetti dotali. All'inizio del matrimonio, un accordo viene raggiunto tra gli sposi o gli agenti, dichiarando che al momento dello scioglimento del matrimonio il marito potrebbe scegliere di restituire al suocero o all'erede o alla moglie divorziata, o i beni materiali o le monete equivalenti alla valutazione. Al marito è permesso di convertire il bene dotale in monete, alienarlo o di disporne durante il matrimonio. Perciò la *dos aestimata* è totalmente alla disposizione del marito e vendibile.

¹²⁰ 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 sunt, sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio. non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est».

¹²¹ D. 13,6,5,15.

¹²² Per quanto riguarda l'approccio dei giuristi medievali di superare questa apparente contraddizione, cfr. Thomas Rüfner, *The Roman concept of ownership and the Medieval doctrine of dominium utile*, (ed.) John W. Cairns and Paul J. Du Plessis, *The creation of the ius commune. From casus to regula*, Edinburgh University Press, 2012, pp. 127-142.

Per la *dos inaestimata*, la valutazione può essere fatta al termine del matrimonio. La moglie o l'erede ha il diritto di decidere se il marito debba restituire i beni materiali o le monete valutate. La *dos inaestimata* non è alienabile anche se sotto il controllo del marito¹²³.

I giuristi medievali si accordarono sul fatto che il marito avesse sia il *dominium* civile che naturale quanto alla *dos aestimata*. Tuttavia, alcuni giuristi ritennero che nella *dos inaestimata* qualche porzione del *dominium* rimanesse alla moglie. Per loro, il criterio della distinzione fra le due forme della dote consiste nella facoltà di alienazione. Se il marito non può alienare e godere il bene dotale in modo pieno e esclusivo, la moglie deve avere un *dominium* naturale sulla dote.

Intorno a questa legge, in particolare al significato dei termini *naturaliter* e *legum subtilitate* usati da Giustiniano, i giuristi medievali hanno proposto in generale tre soluzioni. In primo luogo, si spiega che il *dominium* della moglie va considerato come la speranza di avere indietro il *dominium* nel momento che il matrimonio venga sciolto. Secondo questa opinione, il *dominium* del marito e quello della moglie non esistono simultaneamente. Durante il matrimonio, il marito è l'unico *dominus* della dote, mentre quando gli sposi divorziano, si estingue il *dominium* del marito ed emerge di nuovo quello della moglie. Perciò, in questo caso il principio romano non viene violato («...et ad l. illam in rebus respondent licet maritus in veritate sit dominus et uxor sit domina, verum est non re sed spe quia soluto matrimonio reddenda est ei dos»).

La seconda *solutio* è riferita da Odofredo:

Or signori, hic non esset procedendum, sed esset procedendum ad alias leges que sequuntur, tamen quia hic tanguntur quedam que alibi sunt tangenda,

¹²³ Jacques Anthony Pluss, *Baldus de Ubaldis of Perugia on dominium over dotal property*, in *The legal history review*, LII, 1984, pp. 402-403.

ultra procedam et breviter tangam vobis que hic scripta sunt per Johannem et Azonem. Vos habetis in &. isto si duobus in principio quod duo non possunt habere dominium eiusdem rei in solidum: et ad hoc concordat infra... sed videtur contra quod maritus est dominus rei dotalis, quia datur ei rei vendicatio que non datur nisi domino ut C. de rei vendicatione l. doce, item uxor similiter est domina rei dotalis ut C. de iure dotium l. in rebus. Ad quod respondent quidam duo non possunt habere dominium eiusdem rei eodem iure. Sed alio et alio iure sic, et subiicunt exemplum malum, quia dicunt quod maritus est dominus iure gentium et non civili, quia iam usucaperet: quod ex eo apparet quia maritus habet rei vendicationem ut l. doce... Sed vos ponatis ita exempla quod duo possunt habere dominium eiusdem rei et alio iure, puta quod unus potest habere directum dominium sicut ille qui habet directam proprietatem: alius potest utile dominium ut suoerficiarius ut supra si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur l. ii. Sed duo non possunt habere dominium eiusdem rei in solidum, ita quod ambo directi domini sint in solidum vel utilitaria¹²⁴.

In questo passo il giurista ricerca il termine latino *in solidum* e conclude che si riferisce soltanto alla podestà dello stesso effetto e della stessa origine sulla cosa. Il *dominium* del marito e quello della moglie possono coesistere senza contraddizione, dal momento che il primo deriva dallo *ius gentium* e il secondo deriva dallo *ius naturale*. Questi due *dominia* si effettuano su diverse dimensioni e quindi non si contraddicono tra di loro. Alberico da Rosciate confermò questa soluzione¹²⁵ e ritenne più precisamente che il *dominium* della moglie facesse parte della categoria del *dominium utile* e fosse essenzialmente inferiore e subordinato a quello del marito. Perciò si tratta di due *dominia* eterogenei, inconfondibili e qualitativamente diversi. Secondo questa logica, il *dominium utile* della moglie può giustapporsi a quello posseduto dall'enfiteuta, dal superficiario e dal feudatario. Malgrado non sia un buon esempio, il *dominium* della moglie svela che il *dominium utile* sia sostanzialmente inferiore e sottomesso a quello diretto. Proprio per questo motivo, la *constitutio* giustiniana non contraddice il principio romano classico.

¹²⁴ Odofredus, *In secundam Digesti veteris partem praelectiones*, 1552, ad D. 13,6,5,15, fol. 54vb.

¹²⁵ «Exposita litera collige unum ad quod saepe allegatur iste &. quod dominium et possessio eiusdem rei non potest esse apud plures in solidum... et vide Roffredum in libello de utili rei vendicatione quae datur superficiario: nam ex diversis dominis, puta directo et utili possunt plures esse domini eiusdem rei ut ibi notat Hostiensis... et alios sumistas, et Speculum».

La terza opinione si sviluppa in base alla tesi di Odofredo e di Alberico da Rosciate. Baldo degli Ubaldi ricercò da vicino la distinzione tra lo *ius naturale* e lo *ius gentium* e trasse la conclusione che il diritto della moglie consistente nell'uso della dote non sia altro che la reliquia del *dominium iure naturale*. Questo dominio preesistette cronologicamente, ma fu poi sostituito dal *dominium iure gentium* a causa delle esigenze della vita associata. Bisogna identificare la causa per verificare il *dominium*, affinché si mantenga l'ordine sociale. Perciò la *subtilitas legum* è creata per giustificare il *dominium* del marito, che amministra e dispone del bene dotale durante il matrimonio¹²⁶.

Questa *interpretatio* riesce a individuare la *ratio iuris* della *constitutio* giustiniana e offre la soluzione più convincente per sciogliere il nodo problematico. Alberico da Rosciate mise in rilievo solo l'origine del *dominium* della moglie, ma Baldo degli Ubaldi spiegò ulteriormente l'effetto di questo diritto: si tratta di un *dominium* non munito della causa e consistente nel mero uso del bene. È pertanto un fatto più che un diritto, analogo all'usufrutto ma lontano dal *dominium*. Però, come il *dominium* naturale/originario, il fatto che la moglie usi il bene dotale con il permesso del marito costituisce spontaneamente il fondamento della sua podestà. Anzi, a rigore, neanche il *dominium* del marito è completo, poiché gli è vietato di alienare la dote. Come la moglie, anche il suo *dominium* deve essere retto dall'esercizio e dall'amministrazione fattuale del bene, oltre al riconoscimento del diritto. I due *dominia* si uniscono egualmente sul piano fattuale e costituiscono rispettivamente *dominia* di diverse origine e natura. In questo modo, i giuristi medievali inglobarono il *dominium naturale* della moglie nella categoria del *dominium* e gli attribuirono il titolo di *dominium utile*.

¹²⁶ Baldo degli Ubaldi, ad C. 5,12,30, l. *In rebus dotalibus*: «Tertio nota quod res dotales, extimate vel non, naturaliter remanent in dominio uxoris, sed iuris subtilitate transeunt in dominium mariti. Sed contra hoc modo opponit: per traditionem que fit a domino ex causa ordinata ad translationem domini naturaliter transfertur dominium, id est de iure gentium... Sed certum est quod ubi intervenit titulus dotis, intervenit causa insuper et traditio, ergo de iure naturali, id est gentium, dominium transfertur in virum... Solutio: dicit gl., distingue ius naturale, nam quoddam est ius naturale attento primevo iure gentium, 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 seculi. Est etiam quoddam ius gentium posterius subsecutum, quo iure non concernimus usum tantum sed causam, et hoc iure domina sunt distincta..., et hoc iure dominium rei dotalis est mariti...et sic non obstat contrarium».

§ 2. Le dispute sull'effetto della *praescriptio longi temporis*

L'*usucapio* e la *praescriptio* sono due istituti importanti nel diritto romano classico. L'*usucapio* è già prevista dalle XII Tabule come un modo di acquisto della proprietà stabilito dallo *ius civile*¹²⁷. Nel II secolo d. C, si è sviluppata la *praescriptio longi temporis* destinata ai fondi provinciali¹²⁸. Nel periodo classico, la *praescriptio* ebbe effetto diverso da quello dell'*usucapio*. Quando si compie la *praescriptio*, il possessore di buona fede acquista un diritto processuale in opposizione alla *vindicatio* del proprietario originario. Non è che il possessore munito di giusta causa e della buona fede acquisti la proprietà con il trascorrere del tempo, ma è che il suo possesso della cosa viene riconosciuto e tutelato dal diritto a causa della negligenza continua (il *longum silentium*) del proprietario.

Giustiniano riformò le istituzioni riguardanti l'*usucapio* e la *praescriptio* e cercò di unificarle in modo definitivo. Nella *constitutio* C. 7,39,8 dell'anno 528, si stabilì che «il possessore con il titolo e buona fede può usucapire in dieci o venti anni; il possessore di buona fede può usucapire in trenta anni; il possessore di male fede non acquista una situazione equiparabile alla proprietà in quanto, se perde il possesso, non può agire vittoriosamente nei confronti del proprietario che lo abbia riacquistato senza violenza. È tuttavia tutelato nei confronti del medesimo sia se mantiene il possesso, sia se viene spossessato con la violenza»¹²⁹. In un'altra *constitutio* successiva (C. 7,31,1 dell'anno 531), Giustiniano realizzò infine l'unificazione tra l'*usucapio* e la *praescriptio longi temporis* a conseguenza dell'eliminazione della distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Dopo la riforma legislativa, l'*usucapione* si riferisce all'acquisto della proprietà del bene mobiliare se il possessore lo possiede in tre anni, mentre la *praescriptio longi temporis* si riferisce all'acquisto del bene immobiliare in 10 o 20 anni. Così l'imperatore bizantino ha cancellato le differenze essenziali tra i due istituti nel diritto classico e le ha convertite in un vero e proprio modo di acquisto

¹²⁷ Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 335.

¹²⁸ Letizia Vacca, *Usucapione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1013, *ad vocem*.

¹²⁹ *Ivi*, p. 1016.

della proprietà.

È da notare che nel diritto germanico, la prescrizione non poté mai dare luogo all'acquisto della proprietà, bensì a una «presunzione di legittimità del possesso che ne autorizza una precisa difesa»¹³⁰.

Sotto questo profilo, nella giurisprudenza medievale, i giuristi ritennero che la disposizione di Giustiniano implicasse la distinzione tra i due *dominia*. Furono convinti unanimemente che tramite l'usucapione il possessore acquistasse il *dominium iure civili* del bene. La controversia si incentrò sulla qualifica giuridica del *dominium* acquistato tramite la *praescriptio longi temporis*. Per quanto riguarda questa problematica, Martino e Bulgaro, i discepoli più insigni di Irnerio, furono discordanti. Martino propose che dopo aver compiuto il termine stabilito dalla legge (10, 20, 30 o 40 anni), il possessore acquistasse il *dominium* analogo a quello acquistato tramite usucapione. Bulgaro, al contrario, oppose che quando si compisse la *praescriptio longi temporis*, non si avesse il *dominium*, ma soltanto un *effectus dominii*. Secondo Bulgaro, il possessore in questo caso non va riconosciuto come *dominus*, malgrado goda di ogni effetto del *dominium* protetto dall'*exceptio* («Martinus hic dicit improprie poni acquiruntur quantum ad praescriptionem. Nam acquisitio ea non est, sed propter usucapionem de qua simul dixerat, 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 vindicatione posse»)¹³¹.

Accursio riportò la controversia tra Martino e Bulgaro e aggiunse l'opinione di Giovanni Bassiano al fianco di Bulgaro¹³² e sostenne che dopo trenta o quaranta anni

¹³⁰ Adriana Campitelli, *Prescrizione (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 48.

¹³¹ Wernerii *Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, a cura di 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.

¹³² *Gl. Dominus*, ad *auth. Nisi tricennale*, C. de bonis maternis (C. 6, 60), :«Nota pro opinione M. quae fieri dominum directe per praescriptionem triginta vel quadraginta ann.sic & ff.de dam.inse.l.si finita. § Iulianus &

il prescrivente di buona fede acquista l'*exceptio*, la *Publiciana* e l'*actio utilis in rem*. Quindi si ha anche il *dominium utile*, ossia l'*effectum dominii*.

Il discorso di Accursio riflette nettamente il pensiero condiviso dai dottori medievali: dietro un'azione, deve esserci un diritto relativo. L'*effectus dominii* è proprio una situazione fattuale e rappresenta ogni godimento che il vero proprietario può vantare. La mancanza dell'autorizzazione del diritto civile non impedisce ai giuristi di riconoscere un dominio nato dalla prescrizione a lungo tempo. La tutela giudiziale in favore del possessore garantisce che questo diritto venga esercitato in modo libero escludendo la *rei vindicatio* del proprietario originale. Ciò spiega perché l'opinione di Bulgaro conquistava un eco permanente nello *ius commune*¹³³. Nel

l.damni.in prin. & ff.de usufr.l.eum qui circa prin.& Instit.de usufr.in prin. Sed Ioan. dicit acquiri utile dominium B. effectum dominii & satis in idem recidit. Et ad praedictas leges semper respondet, ut semper subaudiatur quasi. Dicunt ergo usucapione acquiri directum dominium, ut supra.de pact.l.traditionibus. Sed post praescriptionem triginta vel quadraginta annorum si bona fide possedit, habet exceptionem & *Publicianam* actionem, imo utilem in rem. Et ita acquiri utile dominium vel effectum dominii...».

¹³³ Rolandini Rodulphi, t. II, cit., *Tractatus notularum*, fol. 484v: «Effectus istius praescriptionis, scilicet X. an. inter praesentes, et XX.inter absentes est, quia per eam habemus exceptionem contra omnes petentes rem praescriptam etiam contra dominum verum possessorem. Item per eam acquirimus nobis utile dominium rei praescriptae, ut sic eam vendicemus a quocunque possidente utili rei vindicatione, si a possessione cadamus, et etiam si ad priorem dominum possesso redierit: ei, qui praescripsit datur utilis rei vindicatio contra eum, secundum Ioan.B. et Azo. Directum tamen dominium rei praescriptae penes primum, et verum dominum remanet, et sic ea ratione posset rem a quocunque vindicare praeterquam ab illo, qui vi praescripsit. Nam qui praescripsit, habet utile dominium, et praesertur habenti directum, ut contra eum habeat exceptionem, et ab eo vindicare possit, si possideat secundum Azo.»; Petri a Bellapertica, *Repetitiones*, Francofurti, 1571, l. *Si ab hostibus*, C. *Quibus ex causis maiores in integrum restituntur* (C. 2,53,5), n. 17: «Item in rebus mobilibus habet locum, non in rebus immobilibus, quare?... Cum per praescriptionem longi temporis non acquiratur dominium, sed exceptio...»; Bartolomeo Saliceto, *Pars quarta in Codicis libros*, Venetiis, 1574, l. *Si emptio*, n. 2, fol.28: «Dixit secundo quaeri dominium sed utile tamen, et directum remanere poenes possessorem dominium, et sic de exceptione videtur hic loqui, et haec opinio vera, et magis conformatur huic litere, ut plene haec examinavi...»; *Pars quarta, l. nisi tricennale*, C. *De bonis maternis*, n.1, fol. 178: «Glo. hic principaliter quaerit, an per praescriptionem XXX ann.vel XI quaeratur directum dominium vel utile dominium. Et Mar. dixit quod directum per istam legem quae dicit, quod dominus efficitur: et sic in dubio pleno iure,ff. Si ager vecti.l.1. et per hoc inducit multas alias... Sed Ioan. Bul. et Accur. dixerunt quod tantum utile dominium quaeritur si bona fide possidet, alias si mala fide solum exceptione tenet contra dominium, et quod solum utile dominium quaeratur probat, quia sic est item praescriptione longi temporis, ergo et in ista antecedens probatur per l.emptor, et l.super longi.infra de praescriptione longi temporis, quibus dicitur dari exceptionem praescribenti. Sed cum exceptio sit actionis exclusio sequitur quod agens rei vindicatione dominium aliquid habet, ut prius: sed non habet illud, quod est quaesitum praescribenti cum duo non possunt eadem specie dominii domini insolidum esse... et directum non potest dici praescriptum, quia tunc nihil remanet paenes actorum, ergo sequitur necessario, quod utile tantum est praescriptione longi temporis quaesitum et si hoc est in illa fortius, idem ista per rationem diversitatis quam infra assignabo... secundo per eundem modum induxerunt pro casu... Hanc secutus fuit Dy.et addit istam rationem, quia sicut se habet quasi possessio in praescriptione corporalium: ita se debet habere vera possessio in praescriptione incorporalium, sed in praescriptione incorporalium ex quasi possessione quaeritur ius utile, et non directum... Hoc idem confirmavit patruus meus ex eo, quia si aliter dicatur non erit differentia inter usucapione, et praescriptionem, quia per usucapionem rerum mobilium quaeratur directum et plenum dominium ut traditionibus, et dixi supra de pac. sed falsum est quod idem debeamus dicere esse in praescriptione immobilium cum ratio sit in ea valde diversa...nam in usucapio vertitur merus favor qui est ampliandus in praescriptione XXX an doium simpliciter in praescriptione long.tem.respective... Ideo non sic fuit favendum praescriptioni sicut de usucapioni... Et haec pars vera quicquid tenuerit Pe. ut de his plenissime scripsi...»; Iasonis Mayni *In primam Codicis partem commentaria*, Lugduni, 1581, l. *Traditionibus*, C. *De pactis*, n. 13, fol. 70r: «concludit ergo glossa quod per praescriptionem 10 vel 20 annorum acquiratur dominium utile, et non directum».

pensiero dei giuristi medievali, un diritto in grado di garantire ogni godimento della cosa non deve essere diverso dal *dominium*, anche se manca la titolarità. Il *dominium utile* spettante al prescrivente è quindi un vantaggio riconosciuto dagli *interpretes*.

L'*effectus dominii* riflette la stabilità del godimento a lungo termine del possessore di buona fede, che riguarda sia "un cumulo di strumenti processuali" (*l'exceptio* e *l'utilis rei vindicatio*) sia "la stessa *utilitas fundi*". L'*effectus dominii* è sostanzialmente la descrizione materiale del contenuto economico del dominio rafforzato dal decorso del tempo, quindi ha senso solo sul piano dell'effettività. In quanto tale non è in grado di eliminare il *dominium ex iure Quiritium* del proprietario originale. Però, è proprio per la sua materialità che questa situazione fattuale, tramite l'*interpretatio*, viene riconosciuta come *dominium civile*, ossia il *dominium utile* opposto al *dominium directum*¹³⁴. L'equivalenza dei due termini (il sostantivo *effectus* che regge *dominium* e l'aggettivo *utilis* che qualifica *dominium*) non è accidentale¹³⁵. Il *dominium utile* è proprio la traduzione dottrinale dell'*effectus dominii*, anche se apparentemente i due concetti si pongono sui diversi piani. Con l'uso del concetto romano, l'*effectus dominii* si eleva sul piano della validità e rientra nell'ambito del *dominium*.

¹³⁴ Baldo degli Ubaldi, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis 1577, ad l. *Agri civitatum (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...».

¹³⁵ Un lemma elaborato da Alberico da Rosciate ha indicato: «utile, id est efficax» (*Dictionarium juris tam civilis quam canonici*, Venetiis 1573, v. *Utile*).

§ 3. Il diritto di superficie

Nel diritto romano classico, l'edificio e la costruzione sulla terra altrui furono considerati semplicemente come l'accessione del fondo. Al contrario, la proprietà del fondo è così larga che estende *usque ad sidera et usque ad inferos*. In base a questa idea, si è stabilito il principio *superficies solo cedit*. Per esempio, a chi costruisce la bottega sulla terra pubblica veniva garantito lo *ius* o *usus* della costruzione¹³⁶. Con la rapida urbanizzazione di Roma, emerse l'esigenza di garantire la difesa giuridica a chi edificava sulla terra pubblica o privata. Per modificare il rigore di questo principio, il pretore, oltre alle azioni *conducti* ed *empti*, cercò di offrire una diversa soluzione per tutelare il diritto reale del superficario¹³⁷. L'interdetto *de superficiebus* (D. 43,18,1 pr.) fu concesso contro ogni terzo.

Arangio-Ruiz ritiene che il diritto giustiniano non conosca affatto il suddetto principio romano e non esiti ad ammettere la divisione della proprietà immobiliare per piani orizzontali. Se nel diritto classico il contratto che permetteva al superficario di edificare sul suolo altrui costituisce un ostacolo alla formazione di un vero e proprio diritto reale¹³⁸, nel diritto giustiniano, tuttavia, l'obbligazione derivata dal contratto di superficie si trasformò nel diritto superficario. Il superficario fu tutelato da un'*actio in rem* e conquistò la piena disponibilità dell'edificio. Il proprietario del fondo rimaneva sempre il *dominus iure Quiritium*. Nel complesso, nel diritto giustiniano, la superficie è stata elaborata come uno *ius in re aliena*, molto assimilabile al diritto enfiteutico¹³⁹.

Nella pratica alto-medievale il diritto superficario si sviluppò verso una diversa

¹³⁶ D. 18,1,32: «Qui tabernas argentarias vel ceteras, quae in solo publico sunt, quarum usus ad privatos pertinet».

¹³⁷ Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, quattordicesima edizione, Jovene, Napoli, 1978, pp. 259-260.

¹³⁸ *Ivi*, p. 259: «L'effetto era di vincolare, l'uno in confronti dell'altro, il proprietario del suolo e il cosiddetto *superficiarius*, e con essi i loro eredi, ma senza possibilità che il rapporto giuridico si continuasse fra gli eventi causa a titolo particolare»; Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 356-357: «Il superficario, anzi, in quanto conduttore, era solo possessore *alieno nomine* e quindi non poteva aggiungere all'*actio conducti* la tutela interdittale».

¹³⁹ Attilio Guarneri, *Superficie. Artt. 952-956*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 3.

direzione a causa dell'influenza del diritto germanico che penetrò man mano e cambiò profondamente la struttura di questo istituto¹⁴⁰. Dato che il lavoro può essere la fonte della proprietà, il diritto sulla costruzione e sulle piantagioni è tendente a distaccarsi da quello del suolo¹⁴¹. Diversamente dal diritto romano, nella superficie medievale, l'edificio fabbricato e le piantagioni coltivate sulla terra altrui, se il costruttore o il piantatore l'hanno fatto con buona fede, venivano considerati come la proprietà del superficiario anziché come l'accessione al suolo. Il conduttore della superficie, dal momento che lavora sulla terra edificando e piantando, deve godere di un diritto fisso e certo nei confronti della superficie¹⁴². Solmi ha ritrovato tre contratti traslativi stipulati a Piacenza nel XI secolo e concluso che «Si tratta di un diritto reale alienabile e trasmissibile agli eredi, sottoposto al pagamento di un'annua pensione (*signaria*), il quale attribuisce il pieno godimento di una terra destinata ad edifici o dell'edificio stesso con le sue pertinenze, mediante forme corrispondenti quasi in tutto al diritto di superficie romano»¹⁴³. Nonostante la veste romana, le regole di tale diritto di superficie corrispondono a quelle dell'enfiteusi, ovvero alla concessione che attribuisce un diritto reale alienabile e trasmissibile con il pagamento del canone. Il proprietario formale gode del diritto di prelazione quando si aliena il diritto di superficie. La mancata corresponsione del canone dà luogo alla perdita del diritto¹⁴⁴. Infatti, per quanto riguarda i fondi rurali, il parallelismo tra enfiteusi, livello e superficie continuava a esistere durante l'alto Medioevo. Il diritto superficiario poteva essere costruito *nomine libellario* o in forma di *locatio perpetua*¹⁴⁵.

Questo diritto di superficie formatosi nell'alto Medioevo è un diritto reale a favore del concessionario, dal momento che concede al superficiario le facoltà di

¹⁴⁰ «Superficie ed enfiteusi erano paragonabili in tutto e per tutto alle fattispecie tedesche di *Gewere* variamente e gradualmente articolate» (Gerhard Wesenberg e Gunter Wesener, *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di Paolo Cappellini e Maria Cristina Dalbosco, Cedam, Padova, 1999, p. 57).

¹⁴¹ Italo Biocchi, Maria Cristina Lampis, *Superficie (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, p. 1465: «la necessità di incentivare la produzione e l'urgenza di migliorare la terra attraverso la piantagione di alberi fruttiferi ne costituivano la motivazione ultima ed implicavano la necessità di garantire il coltivatore mediante, appunto, l'autonoma considerazione del diritto sulla piantagione rispetto al diritto sul terreno».

¹⁴² *Superficie (diritto di)*, in *Il Digesto italiano*, Vol. XXIII, parte prima, 1912-1916, Utet, Torino, p. 45, *ad vocem*.

¹⁴³ Arrigo Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del Medio Evo*, in *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Foro Italiano, Roma, 1937, pp. 56-57.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 57.

¹⁴⁵ *Ivi*, pp. 60-61.

edificare, di piantare e più in generale il godimento. Anche se l'influenza del diritto romano non era completamente venuta meno in questo periodo storico, non si intendeva riconoscere il preciso contorno del diritto superficiario. Enfiteusi, livello, precaria, superficie e le altre forme del trasferimento di terra potevano confondersi e creare lo stesso effetto reale: il trasferimento a lungo tempo del godimento e dell'utilità del fondo.

Questa tendenza dà luogo anche ad un altro fenomeno: a partire dal Rinascimento giuridico i giuristi trascurarono quasi interamente questo settore e lo accennarono semplicemente nel titolo *De superficiebus* del quarantatreesimo libro del Digesto giustiniano. Nel commentarlo i giuristi si impegnarono a conciliare la pratica medievale e il testo romano giustificando la teoria del doppio dominio¹⁴⁶.

Dato il carattere del contratto superficiario medievale, è naturale che i giuristi volessero riconoscerlo come un diritto indipendente e collegarlo con il concetto del *dominium utile*. L'azione utile spettante al superficiario corrispondeva all'azione diretta del proprietario del suolo e dunque il diritto di proprietà fondiaria si considerava diviso in due¹⁴⁷. Nella seconda metà del Duecento, gli autori di diversi libelli tentarono di sottolineare il possesso e la disponibilità fattuali del superficiario e di concedergli un'azione utile. Bernardo Dorna parlò di uno *ius superficie* derivato «ex causa emptionis vel donationis vel locationis vel alterius similis causae»¹⁴⁸. Il giurista francese Jean de Blanot qualificò questo diritto reale sull'edificio o sulla casa come *utile dominium*, mentre la proprietà appartiene al *solus dominus*¹⁴⁹. Anche nei

¹⁴⁶ *Superficie (diritto di)*, cit., p. 46.

¹⁴⁷ Antonio Pertile, *Storia del diritto italiano*, Vol. IV, *Storia del diritto privato*, Premiata stabilimento tipografico alla Minerva, Padova, 1874, pp. 190-191.

¹⁴⁸ Bernardo Dorna, *Summa de libellis*, cit., XXII: «Et super hac actione ita peto concipiendum libellum: 'Deo et vobis conqueror talis de tali, qui iniuste detinet rem talem, in qua habeo superficiem vel ius superficie habeo mihi concessum a domino ex causa emptionis vel donationis vel locationis vel alterius similis causae, unde dico, mihi restituendam, ad quo propono utilem rei vindicationem et super hoc peto iustitiam exhiberi'. Vel sic: 'conqueror de tali, qui iniuste detinet rem talem, quam peto mihi restitui propter superficiem, quem in ea re a domino condux vel comperavi, ad quod utilem rei vindicationem propono et iustitiam peto'».

¹⁴⁹ Johannes de Blanoso, *De utili actione in rem quae datur superficiario*, in *Tractatus de actionibus*, Mayence, 1539, fol. 17v-18v: «In ista utili actione in rem, sic formatur libellus. Libellus: 'Dico domine iudex, ego Joannes de Blanoso, quod R. possidet seu detinet tale aedificium, sive talem domum sitam in tali loco, cujus fines sunt tales quia ex una parte est domus Guicardi, ex alia est domus P. quod aedificium, sive quam domum dico ad me pertinere jure utilis dominii, eo quod Dramelocus existens, soli dominus, mihi solum in quo positum est aedificium

costumi francesi medievali il principio romano *superficies solo cedit* fu sottovalutato sia perché le costruzioni venivano considerate come bene mobile sia perché la proprietà dell'edificio era già espressamente distinta da quella del suolo¹⁵⁰. Alcuni statuti italiani prevedero le disposizioni analoghe al diritto di superficie, quali *ius instraturae*¹⁵¹ spettante a colui che aveva tenuto una bottega in affitto per un rilevante numero di anni, e *ius di gazagà*¹⁵² spettante ai conduttori ebrei.

Nonostante il principio dell'accessione sia ribadito in parecchie consuetudini e statuti del basso Medioevo, tuttavia, lo schema romano veniva «piegato in forme corrispondenti all'esperienza medievale»¹⁵³. Il diritto di superficie fu adoperato generalmente nelle regioni urbane e rurali.

Se agli autori delle formule pratiche e ai legislatori dei diversi statuti comunali conviene seguire le consuetudini di concedere il *dominium utile* al superficiario, i giuristi professionali devono tenere presente la problematica in base all'analisi del testo romano per affrontare la sfida nata dal conflitto tra il principio romano e l'abrogazione medievale. I primi Glossatori ricercarono attentamente il frammento D. 43,18,1,3.¹⁵⁴ e cercarono di qualificare il diritto superficiario un diritto reale particolare e meritevole della tutela dell'*actio in rem*. Secondo l'opinione di Ulpiano, la concessione dell'*actio in rem* a tutela del superficiario è preceduta da due condizioni: 1. «non ad modicum tempus»; 2. «causa cognita». Entrambe dimostrano che per concedere l'*actio in rem* esigevano la vera intenzione di edificare sulla terra altrui. L'espressione «non ad modicum tempus» in questo caso si riferisce soltanto

locavit usque ad XXX annos pro quique solidis annuatim ex solvendis, ut in solo praedicto superficiem imponerem, superficiem quae imposui, quia ibi domum aedificavi. Quare petitionem meam contra ipsum dirigo, vobisque domine iudex supplico, ut utile dominium dictae domus, vel dicti aedificii esse meum per diffinitivam sententiam declaretis, mihi dictum R. ad dictae domus, vel dicti aedificii restituendum, condemnando et ita formatur in vero superficiario».

¹⁵⁰ Rémi Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in *Coutume, usages et pratiques. Disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Prima, éd. G. Choisei, G. Cerqueira, N. Kilgus, M. Brillat, L. Dreyfuss, Mare et Martin, Paris, 2014, p. 31.

¹⁵¹ *Superficie (diritto di)*, cit., p. 46.

¹⁵² *Superficie (diritto di)*, cit., p. 47.

¹⁵³ Biocchi, Lampis, *Superficie*, cit., p. 1466.

¹⁵⁴ *Ulpianus libro septuagesimo ad edictum*: «Quod ait praetor 'si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo', sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio, et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio (competet)».

all'elemento oggettivo¹⁵⁵. Tuttavia, i Glossatori sottolinearono l'elemento temporale e lo presero come il criterio per distinguere la locazione a lungo tempo da quella normale. Rogerio fece riferimento alla perpetua causa per la quale viene concesso l'interdetto *Unde vi* al superficiario e a colui che ha condotto la terra «non ad modicum tempus»¹⁵⁶. Rolandino distinse due tipi di superficiario: colui che conduce a breve tempo e colui che conduce a lungo tempo. Al primo non spetta nulla, mentre al secondo spettano il possesso naturale, il *dominium utile*, l'*utilis rei vindicatio* e lo *ius accusandi*¹⁵⁷. Tale distinzione rivela nettamente la considerazione dei giuristi medievali: il lavoro e il godimento a lungo tempo della terra altrui sono in grado di produrre l'efficacia reale che dà luogo alla separazione sostanziale tra il diritto del fondo e il diritto della superficie. Bartolo, da un canto, concordò con il principio romano che il diritto di superficie faccia parte di quello del suolo e, da un altro, tuttavia, affermò che nelle pratiche locali al superficiario convenisse trasferire il *dominium utile*¹⁵⁸. Baldo ritenne che tramite il contratto superficiario non si trasferisse il *dominium directum*, bensì il *dominium utile*, ovvero un diritto consistente nella disponibilità della superficie o dell'edificio sul fondo altrui contro un canone annuo in riconoscimento della proprietà¹⁵⁹. In tal modo la superficie realizza una svolta cruciale rispetto alle disposizioni nell'esperienza romana. Liberato dallo schema romano, il diritto di superficie si distaccò definitivamente da quello del suolo e rientrò nel *dominium utile* al pari dell'enfiteuta, del vettigalista, del conduttore a lungo termine, del feudatario e degli altri utilisti.

¹⁵⁵ Paolo Grossi, *Locatio ad longum tempus*, cit., pp. 79-80: «... l'elemento «durata nel tempo» ha un senso preciso nel testo romano unicamente se riferito al problema della costruzione di una *superficies*. Un edificio - intende dire il pretore sfruttando una nozione di buon senso - non può costruirsi in un sol giorno o in un sol mese, onde il valore presuntivo di una locazione stipulata a tal fine «ad non modicum tempus». È chiaro quindi che la tutela reale è soltanto la conseguenza di uno spiccato «favor superficiesi»...».

¹⁵⁶ *Summa Trecensis*, VIII, IV, *Unde vi*: «Dicitur enim qui possidet, sive naturaliter sive civiliter sive per alium. Ei vero qui ministerium suum alteri praestat non datur, ut colono. Fructuario, item superficiario et ei qui non ad modicum tempus conduxit, cum perpetuam causam habeat, denegandum non est».

¹⁵⁷ Rolandino, *Summa totius artis notariae Rolandini Rodulphi Bononiensis...* Venetiis, 1574, fol. 566v: «Quis sit superficiarius. Et dico quod superficiarius est ille, qui constituit superficiem supra terrenum. Sed quae iura habet superficiarius in terreno, distin quia aut est modicum tempus, et tunc nullum habet ius, quia tempore modico nullum ius dominii acquiritur: aut est ad non modicum tempus, et tunc habet naturalem possessionem, et utile dominium, et utilem rei vindicationem, et ius accusandi damnum dantes».

¹⁵⁸ Bartolo, *In primam Digesti Novi partem commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574, l. *Ait praetor, ff. de superficiebus*, § *qui superficiem*, fol. 147v: «fateor quod superficies cedit solo quoad directum dominium: sed utile potest competere superficiario, quod tene menti pro quibusdam contractibus qui reperiuntur in civitate ista».

¹⁵⁹ Baldi Ubaldi Perusini *In quartum et quintum Codicis libros*, Venetiis, 1577, tit. *De iure emphyteutico*, n. 1.

L'*iter* percorso dal diritto di superficie dall'accessione della terra al *dominium utile* subordinato alla proprietà diretta rivela come il principio romano venga sostanzialmente modificato e cambiato sostanzialmente per adattarsi alla nuova struttura fondiaria medievale. Malgrado la regola romana di accessione fosse nota ai giuristi medievali, non era seriamente rispettata¹⁶⁰. Le consuetudini locali e le pratiche contrattuali giocarono un ruolo indispensabile nella formazione della superficie medievale. In tal modo, il diritto di superficie si sviluppò «senza relazione con il *dominium* romanista e quindi, successivamente, non in posizione ancillare ma concorrente con esso»¹⁶¹.

¹⁶⁰ Rémi Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, cit., p. 31.

¹⁶¹ Attilio Guarneri, *Superficie*, cit., p. 7.

Sezione IV. Alla ricerca di una definizione. La fissazione del nuovo schema dei *dominia* nello *ius commune*

§ 1. La difficoltà di definire il *dominium* per i giuristi prima di Bartolo

Nel diritto romano classico, il contenuto del *dominium* ha conosciuto diverse fasi di sviluppo. I giuristi romani non usarono definire il *dominium* con espressione succinta e idiomatica. La formula *hanc rem meam esse aio* rispecchia un rapporto di appartenenza materiale e diretta tra il proprietario e la *res*¹⁶². Nella maturità della giurisprudenza classica, il termine *dominium* si limitò a riferirsi al *dominium ex iure Quiritium*, ovvero un *dominium* privilegiato e esclusivo dei cittadini romani. Nel frattempo, il pretore disegnò diversi mezzi giudiziari per tutelare il diritto dei *non domini*. A partire dall'estensione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti liberi avvenuta nel 212 d. C., la differenza tra il *dominium ex iure Quiritium* e l'*in bonis habere* venne meno. Giustiniano abolì ufficialmente il *dominium ex iure Quiritium* e cercò di riplasmare il sistema del *dominium*. Alcune sue disposizioni sono molto incerte e lasciano grande spazio agli interpreti.

La mancanza di una definizione coerente e precisa nelle fonti romane pone ai *doctores* medievali grande difficoltà nel trattare in modo particolare il *dominium*. I primi Glossatori raramente si preoccuparono di dare una definizione al *dominium*, a causa del relativismo definitorio che «aveva modificato nel profondo l'esperienza altomedievale e dalla quale la stessa prassi dell'età preirneriana ed irneriana era dominata»¹⁶³. Inoltre, il *dominium* è un istituto difficile da descrivere o definire in maniera approfondita. Come ricorda l'insegnamento di Pugliatti, «una definizione della proprietà non può che essere, per il suo contenuto, generica, sì da delineare lo schema massimamente ampio nel quale ogni specificazione dell'istituto dovrà essere

¹⁶² Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 303.

¹⁶³ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 147.

contenuta»¹⁶⁴. Invece, il potere di qualsiasi proprietario è talmente assoluto, il suo contenuto è talmente vasto e il suo confine è talmente estensivo da rendere futile ogni tentativo di esaurire tutte le possibili facoltà del *dominium*. I giuristi si sentono spesso oscillanti tra due tendenze: o evidenziare la disposizione generica del *dominium* sulla cosa e cadere nel vago, o mettere in rilievo le facoltà più significative e trascurare il nocciolo concettuale.

Dall'altra parte, l'idea medievale rifiuta di accettare uno schema del dominio assoluto. Per i giuristi medievali, la *definitio* «nihil aliud est quam vocabulum secundum specificam differentiam ad finem trahere; et vocabulum ad illum finem trahere nemo posset, nisi tangeret genera singulorum et singula generum...verumtamen large dicitur definitio, quia per talem definitionem vocabuli specificationem ad finem trahimus iuxta genera singulorum»¹⁶⁵, cioè il procedimento intellettuale di afferrare il carattere distintivo del vocabolo definito. Per effettuare tale procedimento, occorre precisare la relazione tra *genus* e *singula*, generale e singolare, ovvero il lavoro di «cogliere l'essenza del fatto» e «soprattutto inserire il problema in termini lucidi e precisi»¹⁶⁶. Ma per i giuristi prima di Bartolo, quanto al *dominium*, un tale obbiettivo non è raggiungibile. Ci si limita a descrivere il *dominium* in modo molto incerto e impreciso, dal momento che non si intese di modellare il *dominium* in modo talmente esclusivo da respingere tutte le altre forme di appartenenza diffuse nella prassi. In una società dove coesisteranno il dominio formale e diverse situazioni materiali di possesso, ogni situazione reale è stata considerata non solo come *ius in aliena*, ma anche come portatrice di qualche particella del *dominium*. Sotto questo profilo, definire il *dominium* è di per sé un lavoro arduo e delicato.

¹⁶⁴ Salvatore Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà del nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 126.

¹⁶⁵ Boncompagni Rhetorica Novissima, curante Augusto Gaudenzio, in *Bibliotheca juridica medii aevi. Scripta anecdota Glossatorum*, Vol. II, cit., p. 257.

¹⁶⁶ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 147.

§ 2. Il rapporto tra *proprietas* e usufrutto nel discorso dei Glossatori

Nonostante i Glossatori parlassero poco del *dominium* sul piano dottrinale, cercarono di classificare le diverse situazioni dominative e di chiarirne il profilo. In particolare fu eseguita una ricerca profonda in materia d'usufrutto, in cui una grande parte del lavoro contribuiva alla costruzione concettuale della *proprietas*¹⁶⁷. I Glossatori usarono parlare della *nuda proprietas* o *dominium proprietatis* per indicare il *dominium* estratto dalla capacità di usare e di disporre della cosa a proprio agio. Rispetto alla sistematizzazione tardiva del *dominium*, i giuristi in questo periodo si impegnarono a trattare in tema dell'usufrutto, come si vede in un passo delle *Quaestiones de iuris subtilitate* risalenti ai discepoli di Irnerio:

Auditor: Ususfructus a dominio et proprietate separationem recipit. Quomodo ergo pars dici potest domini, non percipio. Interpres: Sicut inspectiones domini sunt diversae, sic et partes eius accipiuntur diversis modis. Cum dicimus “dominium pro solido”, respicimus ad [omnes] re[i] 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 usu fructu incipit habere plenam potestatem. Set et in hac partitione proprietatis nomen illa potestatis pars usurpat, quam pars reliqua, id est fruendi causa, sequi solet¹⁶⁸.

L'autore cercò di distinguere le due situazioni del proprietario: *plena potestas* o *dominium pro solido*; *proprietas* senza lo *ius utendi fruendi*. Lo *ius potestatis* è invece un diritto *multiplex*, l'accumulo delle diverse *partes* separabili. Tolto l'usufrutto, il proprietario si ridurrebbe a *nudus proprietarius*. La sua *proprietas* verrà integrata solo quando l'usufrutto altrui si estingue.

¹⁶⁷ Nel diritto romano, l'uso di *proprietas* è più tardivo e risalente all'età classica. Cfr. Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 303.

¹⁶⁸ *Questiones de iuris subtilitatibus*, a cura di G. Zanetti, La Nuova Italia, Firenze, a, 1958, tit. XIX, *de usufructu*, p. 72. Cfr. Giovanni Rossi, *Ususfructus est duplex: ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune*, I. *Dai glossatori a Bartolo*, Cedam, Padova, 1996, p. 68.

Nel pensiero dei Glossatori, l'*usufructus* e la *proprietas* sono due dimensioni rispettivamente separate. L'*usufructus*, concetto dinamico, consiste in ogni possibile modo di usare la cosa; *proprietas*, concetto statico, rappresenta la *substantia* del dominio. La coniugazione dei due elementi fa il totale del *dominium*.

In base a questo riconoscimento, i giuristi medievali arrivarono a costruire la dicotomia tra l'usufrutto formale e l'usufrutto causale per spiegare il frammento di Paolo¹⁶⁹. *Pars dominii* riferito da Paolo si riferisce all'usufrutto causale in quanto parte del tutto. In questo caso, l'usufrutto assume la funzione di godimento e costituisce una parte inseparabile dell'intero *dominium*; dall'altro canto, l'usufrutto distaccato dalla *plena proprietas* può essere concepito come una *species* di *servitus* a fianco della servitù prediale, *iter*, *actus*, *usus*, *habitatio* e via dicendo. In questo caso l'usufrutto acquista la propria autonomia e consiste nel diritto concesso all'usufruttuario. Un tale usufrutto viene chiamato usufrutto formale o predicamentale e diminuisce sostanzialmente il *dominium* del proprietario¹⁷⁰.

L'opinione esposta dalla Glossa rivela l'atteggiamento basilare dei giuristi nei confronti dell'usufrutto. L'usufrutto è concepito talvolta come una componente integrante del *dominium*, talvolta come un'entità separabile dalla totalità, in grado di animare un diritto diverso dal *dominium*. Però, non è corretto pensare che l'usufrutto formale sia il *dominium utile*. Appena distaccato dal *dominium*, l'usufrutto si riduce alla servitù e rientra nell'ambito del *dominium* dopo che l'usufrutto si collega alla *nuda proprietas*. Inoltre, all'usufruttuario viene concessa l'azione confessoria invece dell'azione reale utile. Ciò indica pure la differenza tra usufrutto e dominio utile.

¹⁶⁹ D. 7,1,4: «Ususfructus in multis casibus pars dominii est».

¹⁷⁰ Gl. *Servitutis sit, ad l. Recte dicimus, ff. De verborum significatione*: «Scilicet pars idest species. Nam servitus alia est usufructus, 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 usufructus 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 usufructus 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».

Inoltre, vorremmo aggiungere un'osservazione in merito alla *proprietas*. Se nelle dispute sull'usufrutto questo termine si riferisce principalmente alla *nuda proprietas*, nella sistematica dei *dominia* costruita da Bartolo e presso i suoi seguaci, la *proprietas* significa anche dominio diretto¹⁷¹. Il termine *proprietas* è spesso collegato alla superiorità del *dominium directum*, mentre il *dominium utile* non costituisce una vera e propria *proprietas*. L'attore non può presentarsi come proprietario se è soltanto *dominus utilis*¹⁷².

¹⁷¹ Per quanto riguarda il carattere oggettivo della *proprietas*, si veda: Rémi Faivre-Faucompré, *Aux origines du concept moderne de propriété: dominium et proprietas dans le droit romano-canonique (XII^e-XV^e siècle)*, in *Les piliers du droit civil - Famille, propriété, contrat, Actes du colloque tenu à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*, les 6 et 7 juin 2013, Mare & Martin, 2015, pp 115-117.

¹⁷² Baldo, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Lyon, 1585, fol. 43v su C. 4,19, 4 e C. 4,19,12. A questo proposito si veda: Laurent Pfister, *Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens*, in *Revue générale de droit*, Vol. 38, n. 2, 2008, p. 334.

§ 3. La sistematica di Bartolo da Sassoferrato

Come abbiamo già visto, i Glossatori e i primi Commentatori avevano attentamente qualificato la *proprietas* come l'entità piena e l'usufrutto come la *pars dominii* e costruito il fondamento della teorica del *duplex ususfructus*. Anche se hanno raggiunto un risultato lodevole nel settore dell'usufrutto, tuttavia, hanno evitato di proseguire nella sfera del *dominium* e sono rimasti silenziosi di fronte alla domanda urgente per la giurisprudenza medievale: cosa è il *dominium*?

Prima di teorizzare le situazioni reali in capo all'enfiteutecario, al superficiario, al vassallo e agli altri titolari che possiedono il fondo in modo costante e durevole, prima di chiarire le differenze delicate ma sostanziali tra le diverse specie dominative ispirate alla civiltà giuridica medievale, prima di attingere allo strumentario in grado di conciliare i diversi frammenti della Compilazione bizantina, non si riusciva a eseguire un lavoro così arduo e grandioso. Il tentativo di fondare l'intera sistematica del *dominium* si concretizza solo nella maturità del diritto comune, grazie alla costruzione del giurista Bartolo da Sassoferrato. Leggiamo il celebre passo in merito al *dominium*:

Quaero, quod 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 incorporalibus, et hoc modo loquitur tit.de acq.re.do (D. 41,1). et Inst. primo ponit de rerum divisione, postea ponit de servitu et usufructu et de usu et habitatione, ut ostendit, quod aliud sit dominium in rebus corporalibus quam in incorporalibus. Quid ergo est dominium? Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur. Ius hoc dico ad differentiam ipsi rei corporalis, quae est facti... Et de re corporali, dixi ad differentiam incorporalium, in quibus non cadit dominium proprie... Quare dico, perfecte disponendi? Per l.in re mandata. C.mandati et quo ad differentiam possessionis, quae est ius insistendi rei... Quare dico, nisi lege prohibeatur? Propter rem pupilli, et propter ea quae ponuntur...¹⁷³

¹⁷³ Bartolo da Sassoferrato, *In primam ff. novi partem*, Venetiis, 1585, ad l. Si quis vi, § Differentia, tit. De acquirendo possessione (D. 41,1,17), n. 4.

Non si sottovaluti il valore di questa definizione. Breve e concisa, essa segna la maturità delle riflessioni medievali intorno al *dominium*. Ponendosi le domande e di continuo rispondendo, Bartolo tentò di inquadrare lo spirito romano nella cornice medievale e di rivelarne la sostanza più rappresentativa con poche ma succinte parole. Bartolo prima si avvide che il *dominium* dovesse essere percepito e espresso in modo comprensivo e unitario al di sopra di ogni particolare facoltà (come quella di usare, di rivendicare e di alienare), quindi cercò di mettere in rilievo la facoltà di disporre per sintetizzare tutte le altre.

Prima di tutto, Bartolo rintraccia un netto confine del *dominium* che comprende solo le *res corporales* e pertanto esclude la possibilità di estendere il *dominium* ai diritti incorporali, quali obbligazione e usufrutto. L'idea preirneriana era già tendente a raggruppare le prestazioni e i servizi nella categoria della proprietà privata¹⁷⁴. Bartolo vide puntigliosamente il pericolo apportato da una tale estensione che allargherà il dominio ad un diritto troppo generico da perdere la propria natura. Invece, il *dominium* è soprattutto uno *ius*, una *res incorporalis*, un diritto astratto verso e sulla cosa materiale e tangibile. A tal modo Bartolo evitò di estendere il *dominium* all'infinito e esclude una volta per sempre la possibilità di confondere il *dominium* con i diritti incorporali¹⁷⁵.

Ancorato alle *res corporales*, il *dominium* consiste nella facoltà di *perfecte disponere*. Con questa locuzione, il giurista mise in rilievo l'intensità e la vastità di questo diritto. Filologicamente, l'aggettivo latino *perfecte* si riferisce a *absolute, plene*,

¹⁷⁴ P. S. Leicht, *Il diritto privato preirneriano*, cit., p. 116: «... i documenti di questo periodo ci mostrano come il concetto di *res* si allarghi fino a comprendere e far oggetto di diritti reali, entità meramente ideali come prestazioni, servigi ecc. Questo svolgimento... si deve piuttosto porre in rapporto col concetto incompleto del diritto di proprietà, generato dalle condizioni politiche ed economiche dell'alto medioevo. Partendo da un diritto di proprietà limitato da ogni specie d'aggravi di natura pubblica e privata si poté anche esser tratti ad ammettere la proprietà di un *servitium* dovuto dal tenentario d'un dato fondo».

¹⁷⁵ Antonio Gambaro, *I beni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 47: «Nell'officina del diritto comune la difficoltà di preservare tale immagine della proprietà individuale in un mondo agricolo in cui le risorse del territorio erano frammentate in modo assai ampio darò luogo all'idea che il contenuto minimo perché si abbia *dominium* è l'esistenza di un potere, non importa se piccolo o grosso, ma autonomo e immediato su una *res corporalis*».

*cumulate, compitamente o perfettamente*¹⁷⁶, mentre il verbo *disponere* significa «porre o collocare l'una divisa dall'altra un mucchio o una grande quantità di cose, distribuire, disporre, ordinare»¹⁷⁷. Bartolo congiunse i due termini per rendere assoluti i poteri del *dominus* e enfatizzare la prerogativa del *dominium*. Quindi, la disposizione del *dominium* deve essere piena e perfetta, senza qualsiasi limite, finché non lo vieti la legge.

Per spiegare meglio il significato dell'espressione *perfecte disponendi*, Bartolo citò una *constitutio* di Costantino: *l. In re mandata, C. mandati* (C. 4,35,21), in cui è riferito che ciascuno sia moderatore e arbitrio della propria cosa¹⁷⁸. Quanto al significato semantico del termine latino *moderator* e *arbiter*, lo stesso *Codex* spiega altrove che viene permesso al *dominus* di «pro suo arbitrio uti vel eas vendere aut quocumque iure vel modo eas alienare vel pignoris iure sive hypothecae (si voluerint) obligare, utpote domini earum»¹⁷⁹. Con questi diritti (ma non solo), il *dominus*, in quanto *moderator* e *arbiter*, «può fare della sua cosa quello che vuole ed amministrarla a suo talento»¹⁸⁰. Si tratta di una serie di diritti relativi all'amministrazione, al mantenimento, all'uso e ad ogni altra disposizione nei confronti della cosa. Leggendo questa definizione, può darsi che alcuni sprovveduti lettori considerino la definizione bartoliana come il preannuncio precoce del *dominium* moderno, data la similarità tra questa e quella contenuta nell'articolo 544 del *Code Civile* francese¹⁸¹.

Allora, è vero che la definizione bartoliana ripristina l'originaria fisionomia del testo romano e manifesta decisamente un ritorno al *dominium* romano? Certamente no.

¹⁷⁶ *Lexicon totius latinitatis* ab Aegidio Forcellini, t. III, Typis Seminarii, Patavii, 1940, p. 644.

¹⁷⁷ *Lexicon totius latinitatis*, cit., t. II, p. 160.

¹⁷⁸ «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».

¹⁷⁹ CJ.5.9.6.10: Imperatores Leo e Anthemius.

¹⁸⁰ Ferdinando Piccinelli, *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*, con una nota di lettura di Luigi Capograssi Colognesi, Jovene, Napoli, 1980, p. 19.

¹⁸¹ «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements».

Se Bartolo si fosse fermato a questa definizione, avremmo potuto dire che egli aveva rispettato fedelmente lo spirito romano. Tuttavia, il passo seguente rivela il suo vero tentativo. Definendolo, Bartolo volle concepire un *dominium* medievale distante da quello romano, un *dominium* imperniato sulla distinzione fondamentale tra i due *dominia*:

Quaero, quotuplex est dominium? Quidam doctor de Aurelianis, ut retulit ille doctor Theutonicus, qui pridie hic repetiit, dicit, quod unum solum est dominium. Sed duo sunt, et probo pro l. possessores, in fine C. de fundis patrimoniales. ii, ubi dicit, quod emphyteuta est dominus, et tamen alius remanet dominus. Scilicet concedens l.i et ii C. de iure emphyteutico, et si sunt duo domini, diversa dominia sunt, quia non potest idem dominium esse apud duos, ut l.si ut certo.§ si duobus vehiculum... Item probo pro l.i in fine supra de aqua pluviae arcendae (D.39,3,1,23), ubi per usucapionem acquiritur utilis servitus, eadem ratione sicut ponimus servitutem directam, et utilem, eadem ratione dominium directum, et utile. Et idem videmus in petitione hereditatis, quae est in rem... Sed video, quod ius haereditarium dividitur in directum, et utile... ubi dicitur in effectu haeres est, quod tamen est quantum utile, ut in gl. in auth. Nisi. C. de bonis maternis... Sed ipsi respondent, quod utilem in rem habent, non utile dominium. Sed nihil est¹⁸².

Per proporre la sua dottrina, Bartolo confutò prima di tutto l'opinione di *quidam doctor* di Orléans riferita da un professore tedesco. Secondo la ricerca di Ennio Cortese, il giurista francese potrebbe essere Jean Nicot, un giurista attivo alla Scuola di Orléans¹⁸³. Il pronome indefinito *quidam* deve implicare il disprezzo di Bartolo nei confronti del pensiero del francese che insistette sull'unicità del *dominium*, poiché appare improbabile che Bartolo non si ricordasse del nome di un giurista che aveva tenuto il corso solo un giorno prima (*pridie*). La tesi francese è da respingere definitivamente, poiché il *dominium* non è unico ma doppio. Per legittimarsi, Bartolo citò l. *possessores* (C. 11,62,12,1), una legge nata nel diritto postclassico e qualificata da Paolo Grossi come «quasi il filo di seta destinato a sorreggere il peso di tutto

¹⁸² Bartolo da Sassoferrato, *loc.ult.cit*, n. 5.

¹⁸³ Ennio Cortese, *Controversie medievali sul dominium utile: Bartolo e il quidam doctor de Aurelianis*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, (a cura di) A. Padoa Schioppa, G.di Renzo Villata e G. P. Massetto, 2004, Tl. I S. 613-636.

quell'enorme edificio»¹⁸⁴. Un'altra argomentazione da Bartolo citata è *l. Si ut certo. § si duobus vehiculum*¹⁸⁵, in cui il giureconsulto classico Ulpiano sostenne che i due soggetti non possono essere proprietari o possessori in modo indiviso sulla medesima cosa¹⁸⁶. Però, secondo *l. possessorum*, il concessionario della terra enfiteutica è divenuto *dominus* in quanto tale. Indicando implicitamente questa contraddizione tra i due frammenti, Bartolo concluse che la soluzione è ammettere i due *dominia* di diverse qualità e dimensioni, ossia la distinzione tra dominio diretto e dominio utile. Per il Nostro, i due frammenti, nonostante appartengano rispettivamente a diverse fasi del diritto romano, hanno la stessa efficacia argomentativa.

Successivamente, Bartolo mise a confronto il dominio, il diritto ereditario e la servitù al fine di affermare la ragionevole applicazione di una analoga distinzione al dominio. Invece Bartolo tentò di fare una «elaborazione di una vera e propria categoria giuridica generale imperniata sulla distinzione tra *directum* ed *utile*, in base alla quale praticamente ogni istituto mostrerebbe due volti, a seconda del modo di acquisto del diritto... e soprattutto in base alla qualità della azione esperibile per rivendicare in giudizio il diritto stesso; perciò, a fronte di una *rei vindicatio utilis* non potrà che esservi, come fondamento a livello sostanziale della pretesa fatta valere giudizialmente...uno *ius utile*, parallelo allo *ius directum*»¹⁸⁷. A prescindere dalla differenza tra questi istituti, tutti possono essere divisi in due *specie* dal punto di vista dell'azione. Se esistono servitù utile e diritto ereditario utile, deve esserci pure il dominio utile.

Sotto questo profilo, Bartolo ci offrì un'immagine dimezzata: da una parte, il dominio diretto munito della *rei vindicatio* e ancorato alla *possessio civilis*; dall'altra parte, il dominio utile tutelato dall'azione utile con la *possessio naturalis*¹⁸⁸. Entrambi

¹⁸⁴ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 207.

¹⁸⁵ D. 13,6,5,15.

¹⁸⁶ «et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere».

¹⁸⁷ Giovanni Rossi, *Ususfructus est duplex*, cit., Vol. I, p. 371.

¹⁸⁸ La *possessio naturalis* implica il contatto materiale e intimo tra l'utilista e la cosa. Dunque, l'utilista ha certamente il diritto di mantenere e di recuperare il possesso se gli viene spogliato da un terzo: «Ad primum,

hanno particolare effetto, natura e tutela giuridica da non confondere. L'utilista ha a disposizione una serie di diritti evidentemente migliori di quelli dell'usufruttuario (oltre all'uso libero e alla disposizione della cosa, l'utilista può anche fare la *nuntiatio novi operis* in proprio nome¹⁸⁹ e appropriarsi del tesoro trovato sulla terra infeudata¹⁹⁰) nonostante non sia considerato come il *dominus* in senso stretto.

Perciò, la locuzione *perfecte disponendi* deve essere esaminata nella situazione medievale che «assume il significato, più che di plenitudine assoluta di poteri nel ricordo del *dominium* romano, di autonomia di poteri; significa cioè che *dominus directus* e *dominus utilis*, ciascuno secondo il proprio titolo e nel proprio ordine, fruiscono rispetto al bene in oggetto di una completa libertà d'azione»¹⁹¹. Filologicamente, l'espressione latina *ius disponendi* si riferisce alla disposizione anziché al potere di disporre, nel senso che Bartolo implicò realmente la situazione di disporre consistente nelle varie forme di concessione e di infeudazione diffuse nel Medioevo, diversamente dal «droit de disposer» prescritto dal *Code civile* del 1804. Tra le due espressioni esiste veramente «un monde»: l'espressione bartoliana è sostanzialmente un *rapporto* piuttosto che un vero *potere di diritto*, mentre la formula francese rappresenta puntualmente un diritto, di cui il contenuto è proprio *disposer*¹⁹².

Ne consegue che *perfecte disponendi* non ha niente a che vedere con assolutezza, esclusività e unitarietà del *dominium*, al contrario, implica relatività,

scilicet quis sit superficiarius, dico quod superficiarius est ille, qui accipit terrenum ad superficiem faciendam. Sed terrenarius est ille, qui dat terrenum ad superficiem faciendam. Sed quae iura habet superficiarius in terreno, dico quod habet naturale possessionem, quae corpore detinetur, et pedibus conculcatur. Item habet utile dominium, non autem directum. Item habet ius retinendi possessionem, si aliquis vellet ipsum expellere de possessione. Item habet ius recuperandae possessionis, si esset expulsus extra» (*In secundo tomno summae Rolandinae*, apud Franciscum Rampazetum, Venetiis, 1574, *Expositio domini Petri Boaterij in totam summam*, fol. 535r).

¹⁸⁹ Bartoli a Saxoferrato *Commentaria in primam Digesti novi partem*, apud Iuntas, Venetiis, 1615, ad l. 1. § *Usufructuarius autem*, ff. *De operis novi nuntiatione*, n. 15, fol. 7v: «Item quid in emphyteuta et feudatario? Et responde isti possunt suo nomine... Et etiam procuratorio nomine domini si domino noceat»; ad l. III § *Si ego*, n. 1, fol. 8v: «Quaeritur utrum superficiarius possit procuratorio nomine domini nunciare? Et tenet la. de Are. quod sic. Idem in feudatario, et aliis similibus, qui habent plus iuris in re».

¹⁹⁰ In una ricerca del 1998, Feenstra ha modificato in parte la sua precedente opinione e ha constatato che il diritto al tesoro venga attribuito esclusivamente al *dominus utilis*. Ma per la miniera d'argento la proprietà va attribuita al *dominus directus*. Cfr. Robert Feenstra, *Dominium utile est chimæra: Nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent)*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n. LXVI, 1998, pp. 391-392.

¹⁹¹ Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 155.

¹⁹² André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, p. 182.

pluralità e separazione. Nell'elaborare la definizione, Bartolo non poté non riflettere sul valore pratico della rivalità dei due *dominia* che si adatta idealmente alla situazione fondiaria medievale.

Bartolo non si fermò alla distinzione del *dominium* come un *genus*. Ancora una volta, egli proseguì con un'ulteriore distinzione:

Quaero, utrum utile dominium sit unicum, vel plura? Respondeo, plura. Unum quod opponitur et contradicit vero dominio, est illud utile, quod quaeritur ex praescriptione... Aliud, quod verum directum dominium recognoscit, et est illud quod competit emphyteutae et superficiario, et similibus. Alias si aliud poneretur sequeretur, quod ille qui est dominus per praescriptionem, constituendo emphyteutam, vel feudatarium, nullum ius sibi retineret: quod esset absurdum¹⁹³.

Le due specie del *dominium utile*, malgrado creino contrari effetti rispetto al *dominium directum*, hanno un terreno comune, che determina il loro accostamento entro la stessa categoria: la situazione fattuale dell'apparenza consolidata dalle consuetudini fondiarie o dalla prescrizione acquisitiva. Bartolo ritenne che fosse assurdo che agli utilisti non fosse attribuito nessun diritto, se non puro usufrutto. Fissando le due distinzioni, Bartolo ha conseguito due risultati importanti. Nella prima distinzione egli indicò la pluralità del *dominium*, mentre nella seconda rivelò l'eterogeneità del *dominium utile*. Grazie a questa invenzione dottrinale, Bartolo fu in grado di legittimare le numerose situazioni reali non riferite dal *Corpus iuris civilis* e di collocarle sullo stesso piano. Da qui traspare un vero e proprio sistema del *dominium*, perché Bartolo non solo fondò un edificio composto da raffinate costruzioni giuridiche coerenti tra di esse, ma anche rispose attivamente alle esigenze della pratica e risolse le incertezze apportate dai nuovi negozi medievali. Per perfezionare il sistema, egli rimproverò altrove la confusione concettuale della Glossa e propose la tripartizione dei *dominia*¹⁹⁴. Un sistema così coerente e adatto al tempo

¹⁹³ Bartolo da Sassoferrato, *ad l. Si quis vi, § Differentia*, cit., n. 6.

¹⁹⁴ Bartolo da Sassoferrato, *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

merita l'elogio di Francesco Accolti: «Solutio Bartoli est bona, quia primo posuit diffinitionem dominii, deinde in sequenti tempore enumerat eius plures species»¹⁹⁵.

Però, l'analisi attorno alla definizione di Bartolo e alla formazione della teoria del dominio utile non dovrebbe fermarsi a questo punto. Occorre porre un'altra domanda di rilievo. Se Bartolo fece un lavoro originale definendo precisamente il *dominium* e costruendo l'intero sistema dominativo, perché non dette una definizione al *dominium utile*? Perché non lo definì prima di spiegare che il *dominium utile* era plurale? Se egli sentì fortemente il bisogno di qualificare il *dominium*, una concezione cruciale ricorrente nelle fonti romane e nota a tutti i giuristi, perché non rese chiara con lo stesso strumento tecnico un'invenzione dottrinale sconosciuta ai giureconsulti classici, nemmeno ai lettori sprovveduti?

Per rispondere a questa domanda, bisogna rivolgersi un'altra domanda: il *dominium utile* è un *dominium* tecnicamente stabile? Nella ricerca di Paolo Grossi, questa è ritenuta invece una falsa questione. Da un canto, il *dominium utile* fa parte del *dominium* così come *species* fa parte del *genus*, dall'altro, esso è ormai « sentito come dominio dai soggetti operatori » e « si comporti come dominio sul terreno dell'effettività »¹⁹⁶, dal momento che i giuristi si preoccuparono principalmente dell'effetto del *dominium* piuttosto che del *nomen*. Partendo da questa percezione, possiamo assumere un'idea importante: la struttura dei *dominia* di Bartolo, anche se sotto la scorta dei raffinati strumenti tecnici, si basa sul punto di vista effettuale che mira al contenuto economico delle varie situazioni reali. Il sistema dei *dominia*, per i giuristi medievali, non deve essere un insieme dei principi chiuso e formalista, bensì un quadro disposto ad accettare varie situazioni giuridiche effettivamente significative nell'alienazione e nel commercio dei beni. In questo sistema è futile definire il *dominium utile*, poiché l'espressione *perfecte disponendi* è già in grado di rispecchiare il tratto distintivo del *dominium utile* in quanto tale. Infatti, il verbo *disponere*, malgrado ispiratosi alla formula accursiana («suae quidem rei est dispositor»), ha un

habet *Publicianam*».

¹⁹⁵ Francisci de Accoltis Aretini *In primam et secundam Digesti Novi partem commentaria*, Venetiis, 1589, *De acquirenda possessione*, f. 44, nn. 5-7.

¹⁹⁶ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 198.

senso più largo e generale che aveva oggetto tutti i modi di usare, di amministrare e di disporre la terra eseguiti dai *domini*, sia diretti che utili, a prescindere dalle sottili differenze nelle usanze locali. Talvolta Bartolo era accusato di mal comprendere il significato di *disponere*, poiché questo termine si riferisce alla «*naturam exercitiumque domini*» piuttosto che alla sua «*intrinsicam substantiam*», poiché molti *domini* non possono disporre della cosa¹⁹⁷. A nostro parere, quest'accusa non è esatta. *Disponere* non deve limitarsi all'esercizio fattuale del *dominium*. In molti casi il proprietario non aveva contatto fattuale con il fondo, né coltivandolo né amministrandolo. La *proprietas*, ossia il *dominium directum*, consiste principalmente nella facoltà di ricevere canone o servizio. Tuttavia, l'esercizio di questa facoltà deve essere concepita come *disponere*. Adottando questo termine, Bartolo intese sottolineare la flessibilità del *dominium* e renderlo suscettibile di accettare quanto possibile tutti i *domini* riconosciuti nell'ambiente medievale. Perciò, *perfecte disponendi* implica il collegamento comune tra dominio diretto e dominio utile senza bisogno di definire ulteriormente ogni *species* del *dominium*. Quando Bartolo dice che dominio pieno è solo una specie del dominio¹⁹⁸ e che chiunque abbia lo *ius in re* possa dire di avere *dominium*¹⁹⁹, non è più necessario definire una concezione così sfumata come il dominio utile. Basta chiarire che esso consiste nello *ius perfectae disponendi*.

¹⁹⁷ Carolus Rubeus de Busseto, *Tractatus de confusione et distinctione iurium*, Parmae, 1697, cap. 5, n. 21.

¹⁹⁸ Bartoli a Saxoferrato *Commentaria in secundam Digesti novi partem*, apud Iuntas, Venetiis, 1615, ad l. *Si quis, ff. De verborum obligatione*, n. 4, fol. 23r: «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».

¹⁹⁹ *Ibidem*: «Dominium potest accipi pro quodam genere, pro dominio pleno... Item pro proprietate nuda. Item pro usufructu simpliciter. Item pro usu... Qui habet aliquod ius in re, potest recte dicere, ego habeo dominium illius iuris».

§ 4. Lo sviluppo dottrinale di Baldo degli Ubaldi

A. L'adozione della definizione bartoliana

Baldo degli Ubaldi aderì in linea generale al pensiero del maestro quanto alla concezione di *dominium*. Secondo lui, da un lato, il *dominium* non è altro che un pronome possessivo che distingue il mio dal tuo e dal suo («Nihil aliud est dominium, nisi praedicatio pronominis possessivi, id est meum, et tuum et illius...»)²⁰⁰, ovvero un diritto semplice che giustifica l'appartenenza di una cosa a un certo soggetto; dall'altro lato, Baldo sottolineò a più riprese la disparità tra i due *dominia*. Il *dominium directum* è superiore e preminente, concepito come vero e proprio *dominium* in senso stretto; il *dominium utile*, a sua volta, è inferiore, debole e incompleto, incapace di rappresentare la sostanza del *dominium*²⁰¹. Perciò, l'appellazione *dominium* in senso stretto si riferisce solo al dominio diretto²⁰². Baldo mise a rilievo il parallelo dei due *dominia* e il disequilibrio qualitativo tra di loro nel tentativo di costruire uno schema strutturale adatto alla società feudale medievale caratterizzata dalla superiorità formale dei signori e dal rapporto complicatissimo di infeudazione²⁰³. Nella rete dei rapporti feudali, il *dominium utile* spettante all'utilista non può non essere *dominium secundum quid*²⁰⁴, una nozione filosoficamente relativa

²⁰⁰ Baldo degli Ubaldi, *Commentaria*, apud Juntas, Venetiis, 1572, l. *Possessiones*, C. *De probationibus* (C.4.19.2), n. 12, fo. 42vb.

²⁰¹ Baldi Ubaldi Perusini *In primum secundum et tertium Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1577, ad *librum secundum Codicis*, tit. *De pactis*, l. *traditionibus*, n. 6, fol.113v: «Est autem duplex dominium, scilicet superius, quod appellatur dominium, quod similiter transfertur ex causa ad ipsius tendente... Idem in feudis, quia dominium superius, idest proprietas, est penes dominum feudi: sed dominium inferius, quod subalternatur proprietati, est penes feudatarium».

²⁰² Baldi Ubaldi Perusini *In primam Digesti partem Commentaria*, Venetiis, 1577, ad *librum septimum Digesti*, tit. *Si ager vectigalis...*, *additio*, n. 1: «Nota ex ista glossa quod appellatio dominii importat directum dominium»; *ibidem*, n. 3: «... utile dominium, quod minus est quam directum...».

²⁰³ Cfr. Cristina Danusso, *Ricerche sulla "Lectura feudorum" di Baldo degli Ubaldi*, Giuffrè, Milano 1991; Mario Montorzi, *L'intellettualismo pratico della "Lectura super Usibus Feudorum" di Baldo degli Ubaldi, tra prassi forense e nuove sistemazioni dottorali (Prove e problemi di lettura)*, in «Rivista internazionale di diritto comune», n. 13, 2002, pp. 53-110.

²⁰⁴ Baldi Ubaldi Perusini *In secundam ff. Veteris partem*, Venetiis, 1585, ad l. *Minor § Si servus*, ff. *de evictionibus*, n. 4: «ex Glossa notatur quod ille qui simpliciter dicit se dominum, intelligitur intentasse solum directum dominium, quia solum directum dominium est dominium simpliciter; utile dominium est dominium secundum quid».

e dipendente. Anzi, Baldo rimproverò la confusione concettuale della Glossa e propose di nuovo la tripartizione dei *dominia*²⁰⁵.

Come Bartolo, Baldo sentì l'esigenza di rispondere alla domanda cruciale se *dominium utile* è un vero *dominium*. Se l'effettività del *dominium utile* proviene unicamente dall'uso a lungo tempo o perpetuo della cosa, che differenza c'è tra esso e l'usufrutto? Ma non è un usufrutto eccezionale tutelato dall'azione reale, uno *ius utendi et fruendi* cristallizzato dalle consuetudini agrarie plurisecolari? Di fronte ad interrogativi talmente gravi, Baldo non risparmiò la replica più forte:

Quidam amen 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, ut in dominio praescripto, quia praescriptiones sunt de iure positivo, et dominia sunt de iure gentium, ideo per praescriptionem longi temporis vel longissimi dominium directum non usurpatur, sed quaedam qualitas dominii in esse producitur, quae appellatur utile dominium²⁰⁶.

Utile dominium est chymera. La metafora figurativa rivela nettamente l'intuizione dei *quidam*. *Chymera*, perché *dominium utile* raggruppa troppe situazioni reali deformi e eterogenee mancanti di stabilità. Se chi usa la cosa per lungo tempo può ritenersi *dominus*, non esiste più differenza tra *dominium* e usufrutto perpetuo. Dunque gli antagonisti di Baldo cercarono di cacciare il *dominium utile* dal *dominium* e di ridurlo alla mera utilità della cosa. La replica di Baldo, in linea generale, non devia dal quadro delineato da Bartolo. Baldo vide nella prescrizione qualche *qualitas dominii*, che serve da pietra filosofale animante il *dominium utile*. È proprio questa *qualitas dominii* che separa *dominium utile* dall'usufrutto perpetuo e trasmissibile e lo eleva al rango di *dominium*. La *qualitas* non è altro che l'*effectus dominii*, ovvero

²⁰⁵ *Ivi*, n. 1: «et ideo ne ista glossa faciat te errare, dic quod tria sunt, scilicet utile dominium, directum et quasi dominium, quibus vocabulis Glossa abutitur. Nam quandoque utile dominium appellatur quasi dominium».

²⁰⁶ Baldo Ubaldi *In feudorum usus commentaria*, Augustae Taurinorum, 1578, *Proem.* n. 24.

l'aspetto vantaggioso del *dominium*²⁰⁷. Nel pensiero di Baldo, un tale aspetto può certamente convertirsi in *dominium*, anche se non può usurpare la preminenza del *dominium directum*.

Sotto questo profilo, Baldo arrivò a realizzare una sistematica più vasta di quella dominativa. Rispetto ai giuristi precedenti che trattarono i *dominia* e gli altri diritti reali in maniera separata, Baldo cercò di plasmare uno schema comprensivo che viene chiamato *iura realia*:

Doctrina per nomina haec est, quod iura realia sunt ius dominii directi, ius dominii utilis, ius quasi dominii, ius haereditatis, iura servitutum realium et personalium. Realia sunt, quae dentur a re rei. Personales sunt, quae dentur a re personis, ut usus, et usufructus, ex quibus oritur actio confessoria... Item servitutes hominum sunt iura realia: unde in vasallo habemus ius reale, et petitur per quasi confessoriam... Item census praestatio competit iure reali...²⁰⁸

Può darsi che Baldo sia il primo a proporre il concetto di *iura realia*²⁰⁹. Da ciò traspare l'intenzione di Baldo di raggruppare tutte le figure reali attive nel basso Medioevo nel concetto di *iura realia*. Entro questo sistema, il confine tra *dominium* e le altre situazioni reali è destinato a venire meno. Il *dominium directum*, che è formalmente rispettato, è solo uno dei sei diritti enumerati. Anche la servitù personale rappresentata da *usus* e da *usufructus* concorre al fianco del *dominium directum*. La sottomissione feudale di una persona ad un'altra persona viene valutata e riconosciuta come *ius reale*, dal momento che si effettua un rapporto di fatto tra uomo e uomo tutelato dalla *quasi actio confessoria*²¹⁰. Il rapporto personale diventa giuridicamente

²⁰⁷ *Gl. Dominium*, ad l. *Inter officium*, ff. *De rei vindicatione*: «Dominium, idest effectum dominii, nam per sententiam dominium non mutatur...».

²⁰⁸ Baldi Ubaldi, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, tit. *De pactis*, l. *Si certis annis*, n. 19, fol. 119v.

²⁰⁹ Kim Hoofs, *Property rights in legal history*, in *Property law and economics*, Vol. 5 of *Encyclopedia of law and economics*, second edition, (ed.) Boudewijn Bouckaert, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2010, p. 20.

²¹⁰ Che la servitù personale feudale venga considerata come il diritto reale dà luogo a due conseguenze rilevanti: «che cioè una soggezione personale potesse essere acquisita per prescrizione, attribuendo così valore *de iure* a una situazione di fatto protratta per molti anni; e che sul piano processuale fosse ammesso il ricorso alle procedure possessorie romane e canoniche, cioè gli interdetti e l'*actio spoli*» (Emanuele Conte, *Cose, persone, obbligazioni, consuetudini. Piccole osservazioni su grandi temi*, in *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété*

misurabile per il suo contenuto economico. La prestazione feudale viene concepita come un diritto sulla stessa cosa e afferma pertanto lo *ius reale* spettante al vassallo. Una concezione talmente elaborata deve essere molto sfumata e flessibile²¹¹ da cancellare la preminenza della *proprietas* e porre in rilievo le diverse forme del godimento della cosa.

immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle), (convegno Lione 1993), École Française de Rome, Roma, 1995, p. 30.

²¹¹ Infatti, Baldo affermò che un diritto è *ius reale* purché non contenga per niente l'obbligazione. Perciò il *dominium*, la *servitus* e la *quasi servitus* fanno parte degli *iura realia* (Baldo, *ad l. Si certis annis*, cit., n. 19 *in fine*: «...ubicumque reperitur ius sine ulla obligatione, istud est ius reale...Ius vero quod non reperitur nisi in ipsa obligatione est ius personale...Unde dominium et servitutes et quasi servitutes, quae ad essentiam sui non indigent obligatione, sunt iura realia»).

B. L'elevamento dell'*usus* nel sistema baldesco del *dominium*

Se il *dominium utile*, il quasi *dominium* e in particolare l'uso e l'usufrutto possono essere messi sullo stesso piano insieme al *dominium directum*, non c'è da stupirsi se lo stesso criterio venisse applicato all'alienazione dei beni:

Alienatio dicitur quatuor modis, scilicet propriissime videlicet quando plenum dominium irrevocabiliter alienatur... Proprie, quando ius, id est proprietas, transfertur et utile dominium. Improprrie quando alienatur ususfructus vel usus vel alia qualitas rei ut servitus. Impropriissime quando pignori obligatur ita quod omnis cessat spes luitionis quia tunc in animo suo alienare videtur²¹².

In questo passo Baldo introdusse i modi dell'alienazione dei beni feudali. In realtà, gli ultimi due non costituiscono una vera e propria alienazione, dal momento che si trasferisce solo la *qualitas rei* o *spes luitionis*, ovvero il godimento attuale o anticipato senza cambiare l'appartenenza della cosa. Nonostante l'*alienatio improprrie* e *impropriissime* risultino dalla lingua corrente piuttosto che dai termini tecnici giuridici²¹³, Baldo le accettò tenendo conto dell'importanza dell'uso pratico. La prassi e la dottrina furono concordanti su un punto: la cessazione della speranza di trarre il godimento dalla cosa può costituire, in modo molto improprio, l'alienazione, poiché il titolare non è più in grado di godere della cosa.

Baldo trattò l'alienazione più dettagliatamente in un altro passo:

²¹² In *Usus feudorum commentaria*, Augustae Taurinorum, 1578, *Quibus modis feudum amittatur*, v. *Aut si libellario*, n. 6.

²¹³ Mario Montorzi, L'“intellettualismo pratico” della *Lectura super usibus feudorum* di Baldo degli Ubaldi, tra prassi forense e nuove sistemazioni dottorali, in *VI centenario della morte di Baldo degli Ubaldi 1400-2000*, a cura di Carla Frova, Maria Grazia Nico Ottaviani, Stefania Zucchini, Università degli studi di Perugia, Perugia, 2005: «Baldo, in sostanza, accoglie integralmente entro il proprio campo d'interpretazione giuridica i *dicta* ed i *nomina* che sono in uso comune nella prassi corrente: ciò che gli uomini, anche impropriamente, dicono e chiamano *alienatio* continua ad essere da lui accettato e designato con tale termine; egli, nondimeno, misura ed applica in sede interpretativa il grado di coesione e congruenza di tali usi della prassi con il sistema categorico a lui somministrato dal complesso delle fonti del Diritto Comune».

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. Est autem proprietas principale dominium, cuius alienatio est alienatio propriissime... Secundo est considerare utile dominium, et istud est duplex, quia quoddam est quod directo dominio subordinatur et oritur ab eo, ut dominium rei emphyteuticæ et feudatarii, et si hoc transfertur, dicitur alienatio... Tertio est considerare usumfructum, et hoc si transferatur dicitur etiam quaedam alienatio... Quarto est considerare ius utendi, et idem per eundem... Quinto est considerare possessionem, ut hic, si possessio est iusta etiam circumscripto dominio, dicitur quaedam alienatio... Sexto est considerare usum facti magis proveniente ex permissione domini quam ex natura possessionis...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...²¹⁴

Nella classificazione elaborata da Baldo, il criterio è quanto del dominio formale rimane in seguito all'atto traslativo. Per esempio, quando viene conferita la *proprietas*, ovvero il dominio principale, al concessionario, si esegue una *propriissime alienatio* e quindi nulla rimane al proprietario; il trasferimento di usufrutto o di possesso costituisce *quaedam alienatio*, oppure un'accidentale e non sostanziale alienazione; alla fine della gerarchia si vede l'alienazione della *commoditas* a lungo termine, con la quale si trasferisce solo un vantaggio transitorio e marginale tratto dal *dominium*. Nel pensiero di Baldo, la *substantia* del *dominium* viene diminuita con il trasferimento del dominio principale/diretto o di quello utile, mentre le altre alienazioni sono soltanto modeste e insignificanti, non in grado di rientrare nell'ambito della vera e propria *alienatio*. Tuttavia, tutte le suddette alienazioni vengono collocate da Baldo nella stessa categoria. In particolare, *dominium*, il diritto centrale nella tradizione romanistica, e *usus facti*, l'uso meramente fattuale della cosa, vengono messi insieme, trovandosi all'inizio e alla fine della stessa catena²¹⁵.

Tutto ciò rivela l'elevamento del mero uso della cosa e la considerazione realista del Nostro. Sotto questo profilo, non c'è da meravigliarsi che tra le diverse

²¹⁴ Baldo Ubaldi Perusini, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, in *auth. Hoc ius porrectum*, C. de sacrosanctis ecclesiis, n. 4 ss.

²¹⁵ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 165.

facoltà integranti il *dominium*, anche quella di uso riesca a rappresentare un aspetto individuale dell'intero:

Quadruplex est dominium, scilicet vendicationis quo possumus rem vindicare 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 domini²¹⁶.

Il giurista prese in considerazione in particolare il diritto della moglie sui beni dotali e lo qualificò *dominium fruitionis*²¹⁷, ovvero la disposizione della facoltà di uso e di godimento che costituisce una parte indispensabile per l'esercizio del *dominium*. In questo modo, il *dominium* è concepito come la composizione coerente di tutte le parti costituenti senza sostanziale distinzione. In tal modo anche la mera utilità della cosa può animare un *dominium* da riconoscere e tutelare. In realtà, quando Baldo si domandò cosa fosse il dominio *sensu stricto*²¹⁸, non intese rispettare l'assoluto *dominium*, bensì circoscriverlo. Il *dominium proprietatis* non esclude l'esistenza dei *dominia* di vari poteri sulla stessa cosa, poiché il *dominium* può essere concepito sotto diversi aspetti²¹⁹. Conseguentemente, all'elevamento dell'*usus* e della *fructio* corrisponde la relativizzazione del *dominium*.

²¹⁶ In *quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis 1577, ad. l. In rebus, C. de jure dotium (C. 5, 12, 30), n. 5.

²¹⁷ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 170: «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 *fructio*, cioè del potere di godimento... Secondo la puntualizzazione di Baldo, l'*usus rei* assurge autonomamente, per una sua propria intrinseca forza, a elemento individuante del *dominium*».

²¹⁸ Baldi Ubaldi Perusini, *In quartum et quintum et Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, l. Femminae, §. Illud etiam, ff. De secundis nuptiis (C. 5,9,3,1), fol. 168r: «Quid est ergo dominium absolute dictum? Et certe dominium absolute dictum est plena proprietas cum alienandi potentia».

²¹⁹ Baldi Ubaldi Perusini, *In primum secundum et tertium Codicis librum*, Venetiis, 1599, l. Si de proprietate, ad C. 7, 48, 3, n. 10, fol. 66r: «Et nota quod nomine proprietatis significatur directum dominium, non utile: quia proprium dicitur, quod est meum, non alterius, dominium potest esse meum, et alterius diversis respectibus».

C. Il collegamento tra il *dominium utile* e la *possessio naturalis*

Inoltre, Baldo cercò di descrivere i due *dominia* dal punto di vista del possesso. Infatti, nel diritto comune medievale, la problematica della *possessio* giocava un ruolo sostanziale e veniva discussa spesso in collegamento con il *dominium utile*. Secondo la definizione del diritto romano classico, la *possessio* designa «a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit»²²⁰, ovvero un puro fatto, una situazione naturalmente estesa ad un determinato spazio. Nella dottrina del diritto comune, i giuristi si impegnarono a precisare il significato delle diverse situazioni possessorie e ad associarle alle situazioni dei concessionari della terra. Per esempio, partendo dalla definizione normativa, Piacentino riassunse che solo *naturalis possessio* sia vera e propria *possessio*²²¹. La *possessio civilis*, nonostante non venga considerata come la vera *possessio*, è più effettiva della mera detenzione, poiché la legge riconosce che per mezzo del decorso del tempo la *possessio civilis* dà luogo all'usucapione²²².

Tradizionalmente si ritiene che la *possessio naturalis* si riferisse al possesso meramente materiale, mentre la *possessio civilis* si riferisse a quella in grado di dare luogo all'effetto civile, ossia l'acquisto del dominio tramite l'usucapione o la prescrizione. Però, invece, «la *possessio naturalis* non si esaurisce in una sfera esclusivamente materiale: essa produce effetti eminentemente civili, quali l'acquisizione dei frutti e l'impedimento della prescrizione del diritto — usufrutto, colonia, enfiteusi, feudo — di cui rappresenta l'epifenomeno senza che per ciò si possa giungere, tuttavia, a elidere il dominio diretto, la situazione giuridica del proprietario catastale. La seconda *species possessionis* individua pertanto la posizione di ogni possibile *dominus utilis*, la relazione di rapporto immediato e diretto con la

²²⁰ D. 41,2,1pr.

²²¹ Piacentino, *Summa Codicis, de acquirenda et retinenda possessione* (7, 35), Bottega d'Erasmus, Torino, 1962, p. 329: «Possessio appellata est quasi pedum positio, vel a sedibus quasi positio. Ergo proprie et vere et secundum idioma sermonis dumtaxat naturalis possessio appellatur possessio: verum iuris artificio et figmento contra naturalem causam reique veritatem meram, is dicitur possidere qui non possidet».

²²² *Ibidem*: «Namque possessio ficticia possessio fructuosa est et foecunda et parit filiam, id est, usucapionem: sed coloni possessio videlicet naturalis est, et natura sterilis est et infructuosam germinat prolem».

cosa che, se non può condurre a elidere completamente la proprietà del concedente, tuttavia attribuisce al concessionario il diritto di usare della cosa e trarne i frutti»²²³. Il possesso degli utilisti costituisce il *Corpus*, che «rappresenta il fatto esterno, che si estrinseca normalmente nella relazione fisica con la cosa, contrapposta al fatto interno della volizione, dell'*animus* appunto»²²⁴, connota l'aspetto puramente materiale della situazione possessoria. Questo possesso, anche se non produce l'effetto civile, è sufficiente a portare alla separazione tra il proprietario e l'utilista. Così la *possessio naturalis* veniva collegata in particolare ai *domini utiles* e diventava uno dei suoi caratteri distintivi.

Inoltre, i giuristi valorizzarono la distinzione dei due possessi per legittimare la posizione del *dominus utilis*, abolendo sostanzialmente il divieto della coesistenza di due *domini* o *possessores in solidum* sulla stessa cosa. Giovanni Bassiano asserì che esistessero tre modi di possedere: *civiliter et naturaliter*; *civiliter tantum*; *naturaliter tantum*²²⁵; Azzone affermò la coesistenza del possesso civile e del possesso naturale sulla stessa cosa²²⁶. Secondo lui, non conviene che i due possessi naturali stiano *in solidum* sulla stessa cosa, perché si tratta dell'occupazione dello spazio determinato; neanche i due possessi civili sono possibili. Se due possessori civili iniziano a usucapire la stessa cosa dallo stesso momento, nessuno può acquistare la proprietà al fine dell'usucapione. Le due proprietà dovranno impedirsi a vicenda²²⁷. La Glossa

²²³ Raffaele Volante, *Fatto normativo e interpretatio iuris. La definizione del possesso nel diritto comune*, in *Ordo iuris: Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 38-39.

²²⁴ *Ivi*, p. 78, n. 101.

²²⁵ Odofredo, *Lectura super Codicem*, rist. anastatica, Bologna, 1968, C.7,32,4: «Dixit Joh. duae sunt possessiones eiusdem rei, et duae substantiae possessionis eiusdem rei, una civilis et alia naturalis. Nam si possideo istam seu animo et corpore, ex ea parte, qua possideo animo, possideo civiliter ex ea parte qua possideo corpore, possideo naturaliter... igitur apparet quod aliquis potest possidere civiliter et naturaliter, vel civiliter tantum vel naturaliter tantum».

²²⁶ Azzone *Summa super Codicem*, l. VII, *de acquirenda et retinenda possessione*, cit., p. 276: «unus civiliter in solidum et alter naturaliter in solidum possidere potest... Et appellat ibi in iustam possessionem naturalem falsa eorum reprobata sententia qui dicunt plures in solidum possidere civiliter non autem naturaliter. Item et eorum reprobata opinione qui dixerunt plures nedom civiliter sed etiam naturaliter in solidum possidere. Nam quia naturaliter impeditis in eo loco stare vel sedere in quo ego sto vel sedeo ideo civilem possessionem quam habeo alius non potest habere».

²²⁷ Azzone, *ivi*, p. 277, c.1: «Item cum certum sit dominium apud duos in solidum esse non posse...ergo possessio civilis que causa est acquirendi dominii ut ex diffinitione patet duorum in solidum non potest esse, per hoc enim sequeretur quod duo fierent in solidum domini. Nam si duo possiderent civiliter et eodem momento inciperent possidere et si usucaperent finito tempore usucapionis statim fieret quilibet dominus in solidum. Uterque nam rem usucepit, sic ergo uterque dominus factus est per usucapionem. Sed potest dici quod invicem se impediunt. Et ratione impossibilitatis hoc contingit ut usucapio non tribuat in solidum dominium».

riassunse le opinioni precedenti e concluse: «Quidam ut Gossiani, quod sic et pro eis est... Alii, ut R. et Pla. quod civilem duo possunt habere insolidum, sed naturalem non... Tu dicas quod nec civilem nec naturalem duo insolidum habeant... Praeterea cum dominium non possit esse penes duos insolidum, ut hic dicit, ergo possessio civilis quae est causa acquirendi dominium, duorum insolidum esse non potest...diverso tamen iure duo insolidum possunt possidere, ut unus civiliter, et alter naturaliter...»²²⁸.

Bartolo distinse nettamente gli effetti tra i due possessi. La *possessio civilis* è idonea a produrre l'effetto civile²²⁹, mentre la *possessio naturalis* dà luogo agli altri diritti separati dal *dominium*, come le accessioni naturali della cosa²³⁰. Invece, la *possessio naturalis* spettante al *dominus utilis* non significa il mero fatto. Il possesso conseguito per mezzo dell'atto naturale è qualificato da Bartolo come *possessio corporalis*, uno «ius insistendi rei non prohibene possideri retentionis et recuperationis producens effectum»²³¹.

Sullo stesso solco, Baldo ritenne che il *dominus directus* abbia senz'altro la *possessio civilis* in quanto titolare della mera *proprietas*. Al *dominium utile* corrisponde la *possessio naturalis* nel caso che subordini a quello diretto. Quando il *dominium utile* si oppone a quello diretto, si ha sia la *naturalis* che la *civilis*²³². Questa impostazione affermò esplicitamente le situazioni possessorie feudali diffuse nel basso Medioevo. Il giurista tenne presente l'abituale separazione tra la proprietà formale e l'amministrazione fattuale del fondo feudale e riuscì a descrivere questo fenomeno con il concetto giuridico romano per proteggere sia la proprietà formale del signore, sia il godimento effettivo del vassallo. Ne deriva che «la conseguenza di

²²⁸ Gl. *Dominium*, ad l. *Si ut certo loco*, §. *Si duobus vehiculum*, ff. *Commodati vel* .

²²⁹ Bartolo da Sassoferrato, ad l. *Possessio appellata est*, ff. *de acquirenda vel amittenda possessione*, n. 8.

²³⁰ *Ivi*, n. 9.

²³¹ *Ivi*, n. 10.

²³² Baldi Ubaldi *In feudorum usus commentaria*, cit., fol.114r: «Istis dominiis correspondent duae possessiones: nam proprietati correspondet possessio civilis, quia plurimum iuris habet: sed utili dominio correspondet possessio naturalis, quando istud est dominium subalternum... Sed quando utile dominium non subalternatur proprietati, sed contrariatur ei, ut in praescriptione; tunc tali utili dominio utraque possessio, scilicet civilis et naturalis correspondet: imo sine civili non posset praescribi, quia plurimum iuris requiritur in praescribendo, quod in civili possessione consistit...».

questa impostazione costituisce l'elemento giustificativo sul piano dell'effettività della teoria del dominio diviso»²³³.

²³³ Giovanni Diurni, *Possesso nel diritto medievale e moderno*, cit., p. 76.

D. L'applicazione del *dominium utile* alle forme concessionarie fondiari

La riflessione di Baldo intorno al *dominium* non si ferma al piano teorico. Per lui, questa teoria è lo strumento più adeguato per riassumere e teorizzare le più multiformi situazioni reali nella società del basso Medioevo. Baldo tentò di semplificare le forme concessionarie fondiari e ridurle in poche *species*. Il *dominium utile*, naturalmente, costituisce la connessione cruciale tra di esse:

Sex dicuntur 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 feudal²³⁴.

L'oggetto nel contratto superficiario consiste nella superficie della terra o la costruzione pertinente. Il conduttore paga annualmente un prezzo moderato come *recognitionem proprietatis*, ovvero riconoscimento del *dominium directum*²³⁵; La locazione a lungo termine dura normalmente dieci anni, con la quale il conduttore ottiene un diritto reale sulla cosa²³⁶; il contratto enfiteutico, a sua volta, nonostante comprenda diverse forme concessionarie fondiari, è sostanzialmente un contratto sull'obbligo di *melioratio*, che distingue l'enfiteusi dal superficiario e dalla locazione a lungo termine²³⁷; il contratto precario e contratto livellario hanno simili figure. La differenza consiste nella forma con cui si compie il contratto²³⁸. Entrambi sembrano

²³⁴ Baldi Ubaldo Perusini *In quartum et quintum Codicis libros*, Venetiis, 1577, tit. *De iure emphyteutico*, n. 1 ss.

²³⁵ *Ibidem*: «Contractus superficiarius est, quando dico, vendo tibi, vel domino superficiem talis fundi, vel talis domus pro decem: et dabis mihi in recognitionem proprietatis quolibet anno unum nummum: vel etiam si non dentur annua, naturae eiusdem est».

²³⁶ *Ibidem*: «Contractus locationis ad longum tempus est, ubicunque includit decem annos».

²³⁷ *Ibidem*: «Contractus emphyteuticus est, ubi dicitur ad emphyteusim, idest ad meliorandum, et nota quod emphyteuta cadens ab emphyteusi, dimittit domino meliorationes, quia ad meliorandum accepit: secus in superficiario et conductore etiam ad longum tempus, si meliorationes possunt separari, ff.loc.l.sed addes §.si inquilinus».

²³⁸ Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 175: «Infatti, da una parte, la precaria è definita come il contratto che si verifica nel momento in cui l'enfiteuta concede i suoi diritti sulle cose a un soggetto che ha avanzato la richiesta in forma di supplica (*prex*), mentre, dall'altra, il livello si ha quando, attraverso un atto formale scritto (il *libellum*, che darebbe quindi il nome al contratto), nasce un rapporto tra un certo numero di persone, come, per esempio, un enfiteuta e un altro individuo cui è dato il bene»; Baldo degli Ubaldo, *Commentaria in quartum et quintum Codicis*, ad rubr. C. 4,66, *de iure emphyteutico*, n. 5-6, f. 145v: «Contractus precarii est, quando precibus conceduntur ab emphyteuta iura sua alteri... Contractus livelli est, quando per livellum, id est scripturam contractus descendit per multas, variasque personas: puta si servus emphyteuta concedit alteri...».

piuttosto *species* del contratto enfiteutico e la loro differenza è solo accidentale; Contratto feudale si riferisce al rapporto sia personale sia reale consistente nella concessione del feudo in scambio della fedeltà²³⁹.

La differenza tra questi sei contratti è evidente, giacché assumono diverse nature e origini. La locazione a lungo tempo è una variante della *locatio* romana che ha mera efficacia personale; la precaria e il livello derivano dalla consuetudine medievale, i cui contorni non sono sempre chiari; i contratti superficari e enfiteutici risalgono al diritto romano; il contratto feudale è un'invenzione del tutto medievale. Grossi ha osservato che tra di essi solo enfiteusi, precaria, livello e locazione a lungo tempo possono essere qualificati come i contratti agrari più abituali nel medioevo²⁴⁰. Dato che il livello e la precaria sono spesso subordinati all'enfiteusi, si potrebbe riassumere ulteriormente che l'enfiteusi e la locazione a lungo tempo furono i contratti agrari più rappresentativi nel basso Medioevo. In questo caso il *dominium utile* gioca il ruolo di collegare i sei contratti e di rendere nette le più confuse concessioni fondiari. In tal modo Baldo ha compiuto l'ultima tappa dell'«itinerario verso una sempre più intensa realizzazione di quelle situazioni»²⁴¹. Infatti, emerge in modo preponderante il valore pratico del *dominium utile* e ciò spiega il motivo per cui questa teoria fu recepita generalmente dai giuristi del diritto comune.

²³⁹ *Ivi*, n. 9: «Contractus feudi est, quando pro fidelitate aliquid conceditur in beneficium, potest ex quocunque contractu nominato transferri utile dominium tantum».

²⁴⁰ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., pp. 210-211.

²⁴¹ Paolo Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 211.

Sezione IV. Le opinioni dei giuristi successivi del *mos italicus*

Con la concettualizzazione di Baldo degli Ubaldi, il diritto comune classico ha accettato la divisione dei due *dominia* sul piano scientifico e l'ha presa per uno dei frutti più preziosi della scienza giuridica medievale. Lo sviluppo concettuale del *dominium utile* dopo Baldo non è altro che la ripetizione dell'opinione del maestro marchigiano e del suo grande discepolo, ovvero un coro univoco senza dissonanza, un dogma così autorevole da non fomentare nessuna discussione o polemica accademica. Tuttavia, a nostro parere, il percorso dogmatico successivo non fu così semplice. I giuristi dello *ius commune*, almeno quelli più insigni e rispettati, nell'apogeo del metodo commentario e interpretativo, approfittarono attivamente dello strumento ermeneutico e cercarono in ogni modo di osservare e di analizzare la teoria del *dominium utile* da diversi punti di vista per svelare alcuni punti essenziali ma facili da trascurare. Diversi dai primi Glossatori, i seguaci del *mos italicus* lavorarono severamente all'interno di una cornice già sistematica composta da migliaia di commenti al testo autorevole. Ne consegue che i giuristi furono avvezzi a raccogliere le varie opinioni, metterle a confronto e proporre la soluzione invece che costruire un sistema articolato ispirato da alcuni principi previsti. Per quanto riguarda il *dominium utile*, probabilmente non riusciamo a trovare molte novità evidenti nelle pagine dei giuristi attivi dalla morte di Baldo all'emersione dell'umanesimo giuridico cinquecentesco. Coloro che se la presero con il metodo del *mos italicus* considerarono arbitrariamente questi giuristi come privi di originalità, ma dobbiamo ammettere che siano loro ad arricchire il contenuto del *dominium utile* e a consolidarne il fondamento teorico. Perciò vale la pena di dare uno sguardo ai giuristi quattrocenteschi e cinquecenteschi aderenti alla metodologia tradizionale del *mos italicus* per avere una prospettiva comprensiva della teorica che ci interessa.

§ 1. L'adozione generale della definizione bartoliana

I giuristi successivi a Bartolo accettarono generalmente la definizione del *dominium* e la considerarono come il modello più adatto a esprimere l'idea medievale di concepire il *dominium*. Sul piano socio-economico, una tale definizione riuscì ad accostare la giurisprudenza all'esperienza tratta dalla vita pratica giuridica e a rispondere alla domanda più preoccupante per la società: qual è la natura della proprietà sui propri beni? La soluzione bartoliana non solo appaga i signori feudali, ma anche i concessionari; sul piano teorico, la definizione colma il vuoto lasciato dai giuristi precedenti e costruisce un vero e proprio sistema. Per questo motivo la vediamo ribadita e riferita tante volte da diversi giuristi, quali Paolo di Castro²⁴², Giasone del Maino²⁴³, Filippo Decio²⁴⁴, Gianfrancesco Riva²⁴⁵ e via dicendo. Insieme alla definizione, si accetta anche la distinzione dei *dominia*, come indicano Mariano Sozzini il giovane²⁴⁶ e Bartolomeo Saliceto²⁴⁷. Sulla base di questa costruzione basilare, alcuni giuristi fecero analisi più profonde e dettagliate.

Diversamente dall'opinione comune, Saliceto propose una tripartizione del dominio utile quanto all'oggetto e all'effetto. Tradizionalmente il dominio utile viene diviso in due specie, l'una sottomessa e l'altra opposta al dominio diretto. Oltre a

²⁴² In *primam Digesti veteris partem*, Lugduni, 1548, l. *Ex hoc iure*, ff. *De iustitia et iure*, n. 6, fol. 5: «Quid autem sit dominium et quotuplex sit, vide per Bartolum in l. Si quis vi §.differentia, de acq.poss».

²⁴³ Jasonis Mayni Mediolanensis *Consiliorum sive Responsorum iuris*, Venetiis 1581, Vol. IV, cons. 128, n. 13: «Dominium definitur ius perfecte disponendi de re sua, Bart. ...».

²⁴⁴ *Consiliorum*, Venetiis, 1558, Vol. II, cons. 558, n. 5: «Dominium dicitur esse ius libere disponendi de re corporali, ut notat Bartolus».

²⁴⁵ Francisci Ripae *In secundum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, 1575, p. 24, n. 46: «Dominium secundum Bartolum et communiter scribentes... est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur...».

²⁴⁶ Mariani Socini Iunioris *Commentaria...tum fructuosissima in quatuor lecturas*, Venetiis, 1575, *Interpretatio in §.nihil commune, l.naturaliter*, ff. *De acquirendo possessione*, nn. 16-19, fol. 53v: «Hoc tamen not. procedit capiendum dominium in potiori significato pro directo... In se tamen et ex sui natura terminus dominium dicitur latior, et generalior, quia etiam utile dominium emphyteutae, vel vasalli, et similia comprehendit, proprietatem vero tantum ius directum importat. Et respectu huius differentiae intelliguntur iura probantia, proprietatem, et dominium esse diversa... Ita est de intentione Bald... et Alex... et las. hic, licet de predictis non faciat mentionem... nam dicere proprietatis dominium, id est iuris directi, ius utile, seu ius latius importans, inepta, et satis impertineus esse expositio. Et ideo in eo textu placet, secundum Sali. ibi, quod proprietatem capitur pro ipsa re... et semper de sui propria significatione (quae in hoc tantum stat) directum dominium importet, non consideratio, an sit cum usufructu, vel sine».

²⁴⁷ Bartholomaei a Saliceto *In tertium et quartum Codicis libros*, Venetiis, 1574, l. *proprietates*, lib. IV, tit. *De probationibus*, n. 2: «Dominium autem est duplex, scilicet directum et utile. Et utile quod est duplex, nam aliud adversatur directo, ut utile quod ex praescriptione quaeritur, aliud subalternatur ei utile quod competit superficiario, et emphyteutae, ut dixi in l. traditionibus...».

questa due, Saliceto aggiunse la terza, quella simile e conforme al dominio diretto, come il dominio acquistato tramite *in iure cessio*, che si riferisce ad un «negozio traslativo del *dominium ex iure Quiritium*, applicabile sia alle *res Mancipi* che alle *res nec Mancipi*». Questo negozio «si poneva in essere utilizzando i principi e le forme della *vindicatio*. In particolare l'acquirente e l'alienante fingevano di voler instaurare una lite sulla proprietà della cosa mediante la *legis actio sacramenti in rem*, comparendo davanti al magistrato con la cosa o con una parte che la rappresentasse»²⁴⁸. Saliceto disse che i *verba* pronunciati all'occasione della *in iure cessio*, anche se formalmente conformi ai requisiti della *vindicatio*, siano sottili e artificiali. Dato che è nata dalla *fictio iuris* piuttosto che dal *rigor iuris*, la proprietà così acquistata deve costruire un'autonoma specie all'interno del *dominium*. Saliceto ammise che questa fosse l'opinione del suo maestro, ma lui stesso non ne fu molto convinto²⁴⁹.

La tripartizione di Saliceto, nonostante non sia molto di successo, implica una tendenza da non trascurare. Si misura il *dominium* in modo frammentario così che anche una modesta differenza può costituire una *specie* all'interno del *dominium utile*. Mentre viene mantenuta la purezza del dominio diretto, si tende a collocare ogni rapporto di appartenenza meno formale nella categoria del dominio utile, di cui il confine sembra sempre più sfumato.

Dall'altro canto, il dominio diretto fu ancora rispettato formalmente e si identifica con la *proprietas*. In un commento alla stessa legge *l. Traditionibus*, Giasone del Maino non esitò a chiarire la differenza tra *dominium* e *proprietas*:

²⁴⁸ Federico del Giudice, *Dizionario giuridico romano*, cit., p. 250.

²⁴⁹ Bartholomeo a Saliceto *In primum et secundum Codicis libros*, Venetiis, 1574, ad *l. Traditionibus*, tit. *De pactis* (C. 2,3,20), n. 8, fol. 74r: «Et sic dicamus quod utile dominium est triplex saltem respectibus, et effectibus, quia quoddam est utile directum a directo originem sumens ad illo, nec est ei oppositum sui natura nec contrarium immo semper praesupponens ipsum, et istud est utile dominium superficiarii, feudatarii, et emphyteorae, et similia, ut ff.de rei vindicatione l.superficiario, et si agri vectigales, l.1.§ qui paupertatem, et de pig.act.l.tutor.§ fine cum se et in usibus feudorum de prohibita feudi alienatione per Federicum cum imperiali.§ i. Quoddam est utile quod directo est contrarium, et oppositum, ut est illud quod praescriptione quaeritur... Quoddam dominium utile dominio directo simile, et conforme, ut est illud quod transit ex cessione, ut infra de haereditate vel actione vendita.l.fine, et ita dicebat dominus meus quod nota, quia verba, sunt pulchra, et subtilia. Sed de hoc ultimo dubito. Nam alibi tenet Dynus quod per cessione rei vindicationis non transferatur utile dominium...».

...ex quibus verbis ego colligo differentiam inter proprietatem, et dominium... Credo, quod differentia sit ista: nam dominium est terminus latus, et comprehendit quodcunque dominium, sive sit directum sive utile, nam et usufructuarius dicitur habere dominium...sed proprietates nunquam capitur nisi solum pro directo, et vero dominio, prout ostendit etimologia vocabuli, nam dicitur proprietates, quasi proprie tuum...quod istud nomen proprietates, est nomen directum, et non obliquatur, et nunquam ponitur pro utile dominio, et quod appellatione proprietatis semper intelligatur de directo, tenet Baldus...²⁵⁰.

Questo commento di grande valore ci rivela l'intensa inconfondibilità tra i due concetti. *Dominium*, in quanto *terminus latus* e *genus* aperto, accoglie *quodcunque dominium*, comunque sia, diretto o utile o usufrutto; tuttavia, la *proprietates*, in quanto nocciolo dell'intero istituto, rimane inflessibile, poiché solo essa è in grado di rappresentare il senso etimologicamente più autentico del *dominium*. La locuzione romana *esse meum*, che si carica di un'accezione molto generica, assume il significato tecnico che determina la sostanza della proprietà. Per questo motivo, il dominio diretto non va preso in nessun modo per il dominio utile. La differenza tra le due entità non è quantitativa, bensì qualitativa.

Una proprietà così qualificata e delimitata è destinata a restare solitaria nella società del Quattrocento. La vera intenzione di Giasone del Maino non è evidenziare la superiorità della proprietà/dominio diretto, bensì fare rientrare nell'ambito dei *dominia* le varie situazioni reali. Sotto questo profilo, egli trattò la problematica del *dominium* sempre con riguardo all'effetto economico. Che differenza c'è tra il pronome *quodcunque* di Giasone del Maino e l'espressione *quomodo domini intelliguntur* dell'autore anonimo del trattatello *De verbis quibusdam legalibus*, che fu compilato all'aura del Rinascimento giuridico? Non è la traduzione tecnica dell'utilità economicamente rilevante della cosa? Sotto il mantello raffinatamente elaborato con termini giuridici, fa capolino la mentalità tipicamente medievale.

²⁵⁰ Iasonis Mayni... *In primam Codicis partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1592, ad *De pactis*, l. *traditionibus*, fol. 82v, n. 10.

Lo stesso atteggiamento si vede anche presso Giulio Pace, giurista italiano influenzato dalla Scuola Culta, ma «rimasto sempre fedele alla scienza tradizionale»²⁵¹. Nel suo tempo, ovvero nella seconda metà del Cinquecento e i primi decenni del Seicento, i giuristi usavano mettere in rilievo l'appartenenza tra il soggetto e la cosa e l'aspetto volontario nel definire il *dominium*. Se alcuni giuristi considerarono il *dominium* come il cumulo o il fascio di diverse facoltà, Giulio Pace, ispiratosi all'idea umanistica, lo prese per un'entità più semplice²⁵². Spiegò che il *dominium* si riferisce al diritto astratto, grazie al quale una cosa diventa mia, sotto la mia sorveglianza e amministrazione fino al punto che il *dominium* si identifica con l'espressione estrinseca della mia volontà. Però, diversamente dai giuristi umanisti più rivoluzionari (per esempio Hugues Doneau), Giulio Pace adottò la distinzione tradizionale fra i due *dominia*:

Dominium est jus, quo res nostra est, ita ut de ea pro libitu disponere possimus... nisi iure, vel testamento, vel conventione prohibeamur... Dividitur multis modis... Vel est directum, veluti quod habet feudi dominus, aut qui praedium in emphyteusim dedit; vel utile, quale habent vasallus et emphyteuta... Aliud est dominium proprietatis... Aliud servitutis, ut dominium ususfructus²⁵³.

Sebbene il *dominium* sia concepito come *ius* che giustifica e conferma la libertà del proprietario di disporre della cosa, non deve essere né esclusivo, né unitario. Il giurista estese la categoria del *dominium* definito da Bartolo che ha come oggetto solo la *res corporalis*. Il confine tra il *dominium* e gli altri diritti reali diviene impreciso, poiché un *dominium* così esteso raggruppa *servitus* e *usufructus*. Inoltre, è da notare

²⁵¹ Sara Veronica Parini, *Giulio Pace*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone e Maria Luisa Carlino, Vol. II, Il Mulino, Bologna, p. 1477, *ad vocem*.

²⁵² F. Connan, *Commentarium iuris civili libri X*, Basileae 1557, *de acquirenda rerum dominorum*, lib. III, cap. III, n. 1: «Dominium ius illud significat, quo rem facimus nostram, nobisque propriam... Illud in iure, quod habemus de ipsa ut volumus libere disponendi, positum est... Dominium autem nostri definiunt esse ius de re aliqua corporea libere disponendi»; M. Soccino junior, *Consilia, Secunda pars consiliorum*, Venetiis 1556, cons. CXXIII, f. 149, n. 12: «Quilibet in re sua bonus, est moderator et arbiter et liberam habet dispositionem»; Matthäus Wesenbeck, *Commentaria in Pandectas Iuris civilis et Codicis Iustiniani libros, olim Paratitla dicta...*, Coloniae Agrippinae, 1650, lib. XLI, *De acquirendo rerum dominio*, tit. I, § III, p. 568b-9a: «dominium est ius quo res nostra est, est ius proprietatis ... doctores sic definire malunt, ut dominium ius sit de re corporali libere disponendi Bart.».

²⁵³ Julii Pacii *Isagogicorum in institutiones imperiales...*, Trajecti ad Rherum, 1680, p. 322.

che Giulio Pace collegò intenzionalmente il doppio dominio con lo *status* personale feudale. Chiunque possenga il territorio come *feudi dominus* ha il dominio diretto, mentre chi riceva la terra in quanto vassallo o enfiteuticario ha solo il dominio utile. In tal modo la divisione del *dominium* si inserisce idealmente nel contesto feudale.

In un altro passo Giulio Pace discusse la contraddizione in merito al principio romano che non possono esservi due proprietari *in solidum* sulla stessa cosa. La sua strategia non è diversa da quella utilizzata abitualmente dai predecessori medievali. Il principio romano non viene violato se i due *domini* esercitano il proprio potere in diversi modi, l'uno diretto l'altro utile, oppure l'uno naturale l'altro civile²⁵⁴.

Il *dominium* concepito da Giulio Pace riflette il pensiero contraddittorio dell'autore. In linea generale, egli valorizzò la volontà del proprietario di disporre della cosa, ma nel frattempo egli indebolì sostanzialmente l'unicità del *dominium* con la distinzione dei plurali *dominia*. Al fianco al *dominium proprietatis*, esistono anche un *dominium ususfructus* e un *dominium servitutis* che rientrano nella categoria del *dominium* per l'interna effettività. Il *libitus* è così ridotto alla libera disposizione di una o alcune facoltà dominative sulla cosa materiale o sul diritto ideale. Giulio Pace ha ambigualmente imprigionato la nuova idea ispirata all'umanesimo giuridico nella sistematica tradizionale del *mos italicus*.

²⁵⁴ *Ivi*, p. 323: «Nota secundo, non posse esse plures eiusdem rei dominos in solidum... eodem scilicet domini genere. Nam possunt esse duo domini in solidum diversis modis, ut puta eiusdem rei dotalis mulier habet dominium naturale, maritus civile... item alius potest habere dominium directum, alius utile, in emphyteusi et feudo accidit. Praeterea possunt esse plures domini, non corporis divisione, sed juris intellectu... id est, ut habeant partes non pro diviso (alioquin essent domini diversarum rerum) sed pro indiviso».

§ 2. Ripensare il dominio utile: riflessioni e critiche

Nel coro dottrinale non mancano i giuristi che non erano soddisfatti della costruzione autorevolmente fondata da Bartolo e tendevano a ripensare e a descrivere il dominio utile con parole meno tecniche ma sufficienti a svelarne la sua sostanza materiale. Alcuni giuristi puntualizzarono che il dominio utile fosse l'*effectus dominii*²⁵⁵, oppure un *dominium in effectum et utiliter*²⁵⁶ piuttosto che un vero *dominium*, che fosse solo l'usufrutto della terra feudale²⁵⁷, un termine magistrale inventato dai *doctores*²⁵⁸, una descrizione di gran successo ma volgare²⁵⁹, anzi una chimera deforme e ripugnante²⁶⁰. Alberico Gentili, uno dei giuristi più rappresentativi del Cinquecento e difensore fermo della metodologia tradizionale italiana, cercò di assorbire queste espressioni figurative e metaforiche nella considerazione sistematica e di convertirle in termini tecnici. Egli disse:

Cape autem non de directo tantum, sed et de utili dominio, dict. § alienationis, quod ex definitione esse non videtur, nam utile non est proprie dominium, ut observat Alciatus libro primo de verborum significatione. Igitur et quidam dicunt de directo in definitione proprie dici, et ubicunque capi stricte verba debent. Ego autem scio, verba, quibus utimur, definiendo, non semper ita stricte et proprie capi, sed istum, quod definitum, satis si ex proprietate

²⁵⁵ Francesco Accolti, *Super I et II Digesti 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»; ad l. *Si quis ante*, ff. de *acquirenda possessione*, n. 1: «Licet ex proprietate verborum videatur reservata acquisitio dominii, quod tamen cum effectu transfertur usus et commoditas ad longum tempus, satis videtur transferri dominium»; Andrea d'Isernia, *In usus feudorum commentaria...*, Neapoli 1571, *De capit. Carradi*, n. 10: «Et sic non obstat quod dominium non est apud duos insolidum... hic enim habet unus utile, alius exercitium. Non dicas effectum talis dominii, quia qui habet effectum dominii, habet dominium».

²⁵⁶ Alessandro Tartagni, *In I. et II. Digesti Novi partem commentaria...*, Venetiis 1570, ad l. *Si quis vi. § Differentia*, ff. de *acquirenda possessione*, n. 7 ss: «Praedicta confirmat Bartolus, 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 effectum est haeres, et fideicommissarius cui restituta est haereditas si effectum haeres est idest utiliter est haeres, quia esse dominum in effectum et utiliter idem est...».

²⁵⁷ Giasone del Maino, *Praeludia in opus feudorum*, in calce a *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis 1598, n. 18: «In dicta diffinitione feudi usufructus ponitur pro utili dominio».

²⁵⁸ Arcidiacono, *Rosarium seu in Decretorum volumen commentaria...*, Venetiis, 1577, *Pars Secunda, Causa XVI, q. III, can. Placuit*, n. 11: «dic ergo quod istud nomen, scilicet utile dominium, fuit verbum magistrale, idest a doctoribus inventum».

²⁵⁹ Claudio de Seyssel, *Speculum feudorum*, Basileae 1566, p. 68: «(In diffinitione) ponitur usufructus pro utili dominio... et sic patet quod ista fuit rustica descriptio, non elegans diffinitio».

²⁶⁰ 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 chimera 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».

adsumptum sit. Itaque de omni dominio cum dict. § alienationis. Ergo etiam de nuda proprietate: cujus scilicet dominium dicitur, l. 5. ff. de usur, l. 4. Cod. de probatione, nam verius dominium ea proprietas est...²⁶¹

Definendo il *dominium* sia la *proprietas rei* sia lo *jus* per il quale la cosa diventa nostra («Sed quid est dominium? Est proprietas rei, inquit definitor, apertius alii, jus est, quo quid nostrum est, et ita hic nostrum cum dominio commutatur»)²⁶², Alberico Gentili ribadì che il *dominium utile* non fosse un vero e proprio *dominium*, poiché evidentemente questo *dominium* non eccelle sugli altri, né rende la cosa completamente nostra. Il *dominium* in senso più stretto si riferisce solo al *dominium directum*.

Nel frattempo, Gentili arrivò ad una conclusione importante: i termini, sebbene siano tecnici, sono flessibili per diversi significati. Il *dominium*, in senso stretto e proprio, si riferisce alla proprietà; ma si abusa spesso della definizione per riferirsi a *omne dominium*, sia il diretto che l'utile. Non solo una costruzione tecnica; il dominio utile è anche un *modus loquendi*, una consuetudine innocua di parlare tra giuristi. Quindi non bisogna rifiutarlo, anche se «non est proprie dominium».

Rispetto all'atteggiamento moderato di Alberico Gentili, Conrad Summenhart²⁶³, un teologo e giurista germanico attivo nella seconda metà del XV secolo, si presentò assai critico nei confronti del dominio utile, denunciando apertamente la sua inerente debolezza:

Habent enim ius utendi et fruendi re emphiteotica et feudali et non plus, quia non proprietatem, et hoc idem intrinsece et non amplius (quantum est de intrinseca ratione) haberent si essent tamen usufructuarii in illis rebus. Si igitur dominium utile debet esse aliquid, tunc illud dominium est improprie dictum dominium, ita quod intrinsece nihil est ultra usufructum, sed in extrinsecis circumstantiis bene distinguitur ab usufructu²⁶⁴.

²⁶¹ Alberici Gentilis *Opera omnia*, t. II, Neapoli, 1770, pp. 100-101.

²⁶² *Ivi*, p. 87.

²⁶³ Per quanto riguarda la bibliografia e il pensiero di Summenhart, si veda: Jussi Varkemaa, *Conrad Summenhart's theory of individual rights*, Brill, Leiden, 2012.

²⁶⁴ Conrad Summenhart, *Opus septipartitum de contractibus pro foro conscientie atque theologico*, q. 12, sig. E8r.

Il giurista tedesco ha diviso ontologicamente il dominio in due piani: l'intrinseco e l'estrinseco. Il dominio utile e l'usufrutto si differenziano solo estrinsecamente e si avvicinano intrinsecamente. Negli *extrinsecis circumstantiis* il dominio utile può fungere da dominio in forma di diritto enfiteutico e feudale. Però, tolto il vestito estrinseco, non è più che *ius utendi et fruendi*, il mero godimento della cosa. In tal modo Summenhart ha ridotto il dominio utile al livello dello *ius in re aliena* e ne ha rinnegato decisamente l'appartenenza al *dominium*.

Summenhart rappresenta una tendenza sempre più radicale di capovolgere il fondamento dello *ius commune* fondato sulle *communes opiniones doctorum* e si distingue per l'atteggiamento sovversivo. Questa tendenza sfidò una scuola corrente di grande successo, sia dottrinale sia pratico, senza allievare il tono critico e svelò sinceramente la debolezza inerente alla teoria del *dominium utile*. Il discorso di Summenhart preannuncia l'atteggiamento critico degli umanisti cinquecenteschi.

Herman Vultejus, un altro giurista germanico che si trovò proprio nella corrente dell'umanesimo giuridico, ci ha lasciato un passo significativo:

Interpretes nostri dominium faciunt duplex: verum et fictum. Verum iterum duplex: plenum et non prorsus plenum. Non prorsus plenum iterum bifariam dividuntur, uno modo in directum et utile; et altero in civile et naturale... Plenum dominium dicitur consistere in proprietate et possessione tam civili quam naturali: directum consistit in proprietate et possessione civili tantum, cuiusmodi dominium dicitur habet proprietarius, interim dum usufructus rei suae est penes alium, item dominus in re feudali. Utile consistit in proprietate et possessione naturali, cuiusmodi dominium dicitur habere usufructuarius, item vasallus. Iidem interpretes dicunt, quod uxor rei dotalis naturale, maritus habeat dominium civile... Atque illa quidem ab interpretibus dicuntur non omnino quidem inepte, in nonnullis tamen videntur a fundamentis juris recessisse longius. Nam quod dominium aliquod naturale, et quod civile esse dicunt, nullo juris textu aut fundamento nititur²⁶⁵.

Cfr. Jussi Varkemaa, *op.loc.ult.*, p. 229, n. 106.

²⁶⁵ Hermann Vultejus *Institutiones juris civilis... Commentarius*, apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1613, *ad lib. II, tit. I*, n. 24, p. 153.

Vultejus ha descritto in dettaglio la distinzione tradizionale del *dominium* e indicato che questa teoria non è stata riassunta dalle fonti romane, ma inventata dagli *interpretes nostri*. Si allontanava dal *fundamentum juris*, anche se non sembrava *inepte* ai costumi feudali. In cambio, Vultejus ha modificato parzialmente l'opinione degli *interpretes* e introdotto la distinzione tra *verum dominium* e *quasi dominium* all'interno del *dominium non plenum* per sostituire la distinzione tra *directum dominium* e *utile dominium*. Il *verum dominium* riguarda la *res* materiale, mentre il *quasi dominium* consiste nello *ius in re*²⁶⁶. In questa maniera Vultejus abbandonò definitivamente la teoria medievale originata dalle «fecibus posteriorum seculorum».

Nel complesso, nei primi secoli dopo la morte di Baldo, la teorica del dominio utile costruisce uno dei pilastri reggenti della sistematica del diritto reale nel *mos italicus*, nonostante le critiche di alcuni giuristi. La formazione e la consolidazione del dominio utile segna l'*iter* secolare della concettualizzazione delle varie situazioni reali nel basso Medioevo. È solo nel Cinquecento umanistico che i giuristi cominciarono a ripensare e criticare in modo particolare questa costruzione.

²⁶⁶ *Ibidem*: «atque hoc dominium non plenum dividitur in dominium verum, vel quasi, ut dominium verum sit rei ipsius, dominium quasi sit juris in re constituti».