

Capitolo II. Il *Dominium utile* visto dalla nuova prospettiva: la crisi del diritto comune e lo sviluppo dell'umanesimo giuridico

Introduzione

Il Cinquecento segnò un secolo cruciale per lo sviluppo del diritto occidentale. Un secolo che mette in discussione l'intera tradizione giuridica medievale e propone ai giuristi nuovi metodi, principi e fini dello studio del diritto alla luce dell'indirizzo umanistico. Il sistema del diritto comune, che prima era inteso come «sistema complesso, caratterizzato da una molteplicità di fonti incentrate sul diritto romano-canonico, che poteva configurarsi unitariamente- come ordinamento- grazie all'*interpretatio* della dottrina»²⁶⁷, incontrò una grave crisi in conseguenza della nascita della cultura umanistica. L'atteggiamento iconoclastico dei giuristi umanisti è associato idealmente alla venerazione della giurisprudenza classica, che spinse loro ad abbandonare il patrimonio ricco, ma grezzo, tramandato dal Medioevo. Da tanti autori appartenenti alla corrente umanistica, l'autorità del testo giustiniano è negata, la metodologia tradizionale è rifiutata, i maestri medievali vengono ripudiati.

La crisi del diritto comune, che si è esasperata e accelerata nel corso di tutto il Cinquecento, si presentò tra l'altro come crisi delle fonti del diritto. Sappiamo che il sistema del diritto comune, nonostante abbia inglobato pure gli *iura propria* e li abbia assorbiti e disciplinati attraverso l'attività dell'*interpretatio* dei giuristi, nondimeno si incentrava in particolare sull'autorità indiscussa e indiscutibile delle fonti romane e canoniche. I maestri più grandi di questo sistema, quali Irnerio, Rogerio, Azzone, Accursio, Cino da Pistoia, Bartolo, Baldo e Giasone del Maino, dedicavano le loro opere più raffinate e mature al *Corpus* giustiniano e prendevano in considerazione i frammenti di questo grande testo normativo come essenziale presupposto di validità. Non è da meravigliarsi se gli scritti giuridici medievali fossero spesso pieni di *pro* e di

²⁶⁷ Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 1.

contro²⁶⁸, di citazioni prolisse e di opinioni ripetute²⁶⁹.

Per i seguaci del *mos italicus*, infatti, la metodologia giuridica tradizionale offre uno strumentario utilissimo per conoscere i vasti volumi del *Corpus iuris*, mentre la *scientia iuris* sulla base dell'*interpretatio* appare una vera e propria filosofia²⁷⁰, poiché la *Compilazione* giustiniana comprende l'insieme della sapienza umana. I giuristi italiani sentirono fortemente il privilegio del diritto. Per loro il diritto è la via necessaria per realizzare la giustizia e l'equità, piuttosto che il complesso degli schemi interpretativi astratti e limitati. Per questa ragione Paolo di Castro nel corso del Quattrocento esaltò orgogliosamente la scienza giuridica: '*haec scientia est vera philosophia, et non simulata, et nobilior omni alia, postquam tendit ad faciendum homines bonos, propter quos omnia facta sunt... Aliae vero scientiae ad hoc non tendunt: ideo non attingunt dignitatem istius. Unde et iustitia quia tendit in altum, nobilior virtus est quam aliqua alia secundum morales*'²⁷¹. È evidente che la superiorità di *haec scientia* dipende in primo luogo dall'autorità del *Corpus*.

Il nodo del problema è proprio qui: i bartolisti difesero entusiasticamente il valore didattico e pratico del metodo tradizionale e fecero del *Corpus* il perno della *scientia iuris*²⁷²; ma dall'altro lato, i giuristi umanisti s'impegnarono a valorizzare tutte le fonti ignorate dai giuristi medievali, a storicizzare il *Corpus* e a ricostruire un

²⁶⁸ Naturalmente, per i giuristi umanisti che respirarono la nuova aria culturale, l'infinito riferimento al *Corpus iuris* non poté non essere uno dei difetti più gravi dei giuristi medievali. André Tiraqueau, un giurista umanista coltissimo con profonda conoscenza in diverse discipline tale da portare Teodoro di Beza a definirlo 'il Varrone francese', ha deriso senza misericordia il metodo consueto del *mos italicus*: '...qui nihil legere sibi imperarunt, nisi quod D. quod C. quod §. quod Extra in Auth. quod glo. Bar. Bal. Inno. Osti. Io. An. identidem literis pollicaribus, tanquam gemmis quibusdam, illustratum, primo statim conspectu viderunt' (tratto da *Studiosis*, premessa al *De legibus connubialibus*. Cfr. Andreae Tiraquelli, *Regii in curia parisiensi senatoris... De legibus connubialibus*, Parisiis, 1546). La derisione di André Tiraqueau, a nostro parere, è esagerata e sproporzionata, sebbene a un certo punto egli abbia delineato esattamente il tratto distintivo della metodologia tradizionale.

²⁶⁹ Come Tiraqueau, Rabelais non poté sopportare un tipo di studio tanto delicato e arido. Tramite la bocca di Pantagruel egli ha espresso il suo famoso lamento (Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, nouvelle édition corrigée, Montchrestien, Paris, 1975, p. 514). Ciò che ci interessa è che Rabelais opponga coscientemente la metodologia seguita dai bartolisti a quella dei giuristi classici, così segnalando una frattura profonda tra le due scuole. Cfr. Enzo Nardi, *Rabelais e il diritto romano*, Jovene, Napoli, 2013.

²⁷⁰ *Gl. nisi fallor*, D. 1,1, *de iustitia et iure*, l. *iuri operam*: 'civilis sapientia vera philosophia dicitur'.

²⁷¹ Pauli Castrensis, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Lugduni, 1583, ad l. *de iustitia et iure* (D. 1,1,1), n. 5.

²⁷² Tra gli scritti apologetici dei difensori del *mos italicus*, l'opera più matura sono senza dubbio i *Dialoghi De iuris interpretibus* di Alberico Gentili (1582).

diritto classico considerato chiaro, autentico e armonico²⁷³. La *Compilazione* redatta dalla Commissione dell'imperatore bizantino, se prima era considerata «un intoccabile e autoritario testo normativo», agli occhi degli umanisti, diventò «un puro monumento dell'antichità romana, una ragguardevole testimonianza della sapienza latina da interpretarsi con l'imprescindibile sussidio di una cultura storica e filologica. Non più dunque un sacro compendio di norme imperative, non più la rivelazione di un diritto del presente da applicarsi all'oggi senza discutere, ma un libro che dev'essere filologicamente storicizzato, cioè fedelmente recuperato nella sua veste originale di documento dell'*humanitas* antica e di strumento di conoscenza del diritto romano come diritto storico»²⁷⁴. Perciò, i generi letterari di cui hanno fatto uso i giuristi medievali erano da scartare, poiché essi oscuravano, mascheravano e alteravano le lucide pagine dei giuristi classici. L'intenzione degli umanisti non è più commentare fedelmente il *Corpus* e applicarlo alla vita giuridica attuale, ma piuttosto espungere ogni grossolanità e volgarità dallo studio del diritto. Se possiamo riconoscere, a ragione, che nella giurisprudenza medievale già esistesse il pensiero che avrebbe stimolato gli umanisti cinquecenteschi, ossia la scoperta dell'uomo²⁷⁵, tuttavia, è altrettanto vero che il metodo e il modo di comprendere il diritto della Scuola Culta furono completamente diversi dai predecessori medievali.

Generalmente, i '*novi homines*' ultramontani si trovavano di fronte a tre bagagli culturali: il patrimonio preponderante tramandato dai dottori dei precedenti secoli caratterizzato da una metodologia analitica e frammentaria; il nuovo indirizzo umanistico tendente a valorizzare pienamente lo strumento filologico e storico, con l'obiettivo di scavare il vero spirito del diritto romano e di concepirlo entro l'inquadramento più ampio e più generale; l'esperienza giuridica e la pratica giudiziale del popolo, che attirarono sempre di più l'attenzione dei giuristi insieme al sorgere del potere sovrano dei re e allo sviluppo del *droit coutumier*. Collegati in

²⁷³ Cfr. Salvatore Riccobono, *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del Corpus iuris civilis*, in «Acta congressus iuridici internationalis (Romae 12-17 Novembris 1934)», II, Roma, 1935, pp. 377-398.

²⁷⁴ Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol.I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 175.

²⁷⁵ Cfr. Adriano Cavanna, *ivi*, pp. 172-173.

maniera particolare, i tre elementi permettevano di offrire un'immagine compiuta ai ricercatori della storia del diritto. Il filo conduttore è chiaro e coerente: tutti i sostenitori della Scuola Culta miravano a organizzare i loro scritti ispirandosi alle esigenze umanistiche, facendo sovente uso della conoscenza enciclopedica (filosofica, filologica, letteraria, retorica, storica e via dicendo) per inquadrare il panorama universale e comprensivo del diritto. Il movimento umanista, nel campo giuridico, non si riduceva soltanto ad una accesa polemica contro il *mos italicus* ed il sapere classico e antiquario, ma costituiva anche una riforma metodologica e ideologica.

Sotto questo profilo, non è un caso che i Culti abbiano indirizzato di volta in volta le invettive più acerbe alla distinzione fra il *dominium directum* e il *dominium utile*. La teorica fu così riprovata sia perché non aveva nessuna autorità in base alla Codificazione giustiniana, sia perché era elaborata senza nessuna ragione²⁷⁶. Nel corso del Cinquecento, Jacques Cujas, François Douaren, Hugues Doneau e tanti altri giuristi del *mos gallicus* mostrarono più volte la loro ripugnanza verso questa teorica elaborata dai giuristi medievali, sia pure in maniera diversa e con punti di vista distinti. Per spiegare esattamente la loro presa di posizione, si deve prendere in considerazione non soltanto il rispetto del testo giuridico romano espresso dai giuristi umanisti, ma anche l'atteggiamento antibartolista da essi condiviso. È vero che il *dominium utile* era creato dall'impegno dei Glossatori e dei Commentatori, tuttavia, non si trattava affatto di un'invenzione effimera e di scarsa incidenza sulla concreta vita giuridica, ma al contrario, rispecchiava fedelmente tutti gli aspetti più rilevanti della giurisprudenza medievale: la penetrazione del naturalismo nella mentalità dei giuristi e la prevalenza dei fatti normativi; il ruolo centrale dei giuristi nello svolgimento dell'*interpretatio*; il collegamento stretto tra l'attività dottrinale e la preoccupazione

²⁷⁶ In un passo relativo al *dominium utile*, il giurista umanista Jean Feu (1477-1549) enfatizzò l'infondatezza e l'irragionevolezza della tesi bartoliana: «(Bartolus) loquitur sine lege et ratione nec aliquo fundamento legis innittitur. Diligenter volui leges allegatas per eum et novissimos videre, sed numquam in corpore digestorum inveni aliquam legem distinguentem dominium, nec dicentem aliquid esse utile dominium, unde cum non sit lex quae hoc dicat, non curo multum de dictis suis, quod dicta doctorum debent intelligi secundum leges quas allegant» (*Repetitio in l. Contractus, ff. de regulis iuris*, in Ioannis Ignei *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen sextum*, Lugduni 1553, n. 138. Il passo è citato da Paolo Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto*, Cedam, Padova, 1968, p. 206).

delle concrete situazioni reali. Naturalmente, un istituto che reca su di sé i tratti salienti medievali non poteva non suscitare la contestazione dei *novi homines*. Si tratta, dunque, di una lotta contro la mentalità e la metodologia medievali. La polemica accesa intorno al *dominium utile*, che si è svolta nell'arco del Cinquecento, diveniva così un perfetto campo di battaglia sia per gli aderenti della cultura umanistica, sia per i difensori del *mos italicus*.

Inoltre, è da notare che, nel Cinquecento, concetti e termini importantissimi per la formazione della nozione della proprietà moderna venivano proposti e adottati proprio nelle polemiche intorno al rilievo dogmatico e al valore pratico del *dominium utile*²⁷⁷. I giuristi cercarono di distinguere il *dominium* dalle altre situazioni reali minori e secondarie col tentativo di raggrupparle all'interno della categoria degli *iura in re aliena*. È molto probabile che Grozio conoscesse questa distinzione dalle lezioni di Doneau nei Paesi Bassi e la sviluppasse ulteriormente nelle sue opere giuridiche²⁷⁸. Comunque sia, nello scontro tra la corrente umanistica e quella tradizionale relativa al *dominium utile*, germogliarono esattamente i fruttuosi semi del nuovo pensiero.

La nostra indagine, per circoscrivere adeguatamente la ricerca, si concentra sulla Francia, il paradiso per gli umanisti. Qui emersero gli aspetti più sfaccettati e gli scontri più drammatici all'interno del movimento umanista. Tradizionalmente, l'umanesimo giuridico in Francia è diviso in tre correnti: l'umanesimo storicista, l'umanesimo sistematico e l'umanesimo dei praticanti²⁷⁹. La divisione non è assoluta, né fuori discussione, ma la accettiamo solo allo scopo di semplificare il discorso. Dimostreremo la prospettiva di ogni corrente, ne tratteremo l'atteggiamento verso il *dominium utile* e cercheremo di osservarlo sotto il contesto dell'umanesimo giuridico

²⁷⁷ Per esempio il concetto del diritto soggettivo e gli *iura in re* in opposizione al *dominium*. Cfr. Michel Villey, *Le 'jus in re' du droit romain classique au droit moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Institut de droit romain de l'Université de Paris, Paris, 1950, pp. 187-225; Robert Feenstra, *Dominium and ius in re aliena: the origins of a civil law distinction*, in Peter Birks, *New perspectives in the Roman law of property: Essays for Barry Nicholas*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 111-122.

²⁷⁸ Robert Feenstra, *Dominium and ius in re aliena: the origins of a civil law distinction*, cit., p.

²⁷⁹ Jean-Louis Thireau, *L'Humanisme juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis Alland, Stéphane Rials, PUF, Paris, 2003, p. 795 ss, *ad vocem*.

francese. Se è vero che la relazione tra i rappresentanti delle tre correnti non fosse sempre amichevole (basterebbe rendersi conto della tensione tra Jacques Cujas e François Douaren), tutte e tre si presentarono completamente diverse dalla tradizione giuridica medievale e assunsero con chiara coscienza i caratteri tipicamente umanistici, che rivelarono la drammatica svolta nella dottrina rispetto al Medioevo. Secondo quest'ordine procederemo nella problematica di nostro interesse.

Sezione 1. Alcuni chiarimenti preliminari. Breve introduzione alle forze speculative riguardanti l'umanesimo giuridico francese del XVI secolo

Come abbiamo già accennato, i giuristi fedeli al nuovo approccio si sforzarono di abbandonare definitivamente la metodologia e la tradizione della giurisprudenza medievale, ovvero di una *iuris scientia* strettamente collegata al testo della Compilazione giustiniana. *Iuris scientia* significava in breve tempo *interpretatio*, chiamata a svelare la *ratio* delle regole autorevoli contenute nel *Corpus iuris civilis*. Adottare i principi umanistici significava formare un sistema giuridico in cui tutte le componenti si collocassero in maniera organica. I giuristi umanisti furono convinti che in questo modo la giurisprudenza potesse essere liberata dal culto del *Corpus* giustiniano per collocarla in un ambiente più ampio e autentico.

In questa luce, i Culti svelarono l'inutilità e l'antistoricità dello sforzo degli accursiani e dei bartolisti, utilizzando i mezzi storici e filologici e trattando le materie in maniera coerente e ordinata. Il lavoro dei Culti si svolse in due direzioni. Da una parte, erano impegnati a individuare gli errori storici dei giuristi medievali contenuti nei frammenti arbitrariamente inseriti, amputati e modificati dalla Commissione bizantina²⁸⁰; dall'altra parte, essi cercarono di ricostruire il volto autentico del diritto romano senza fare leva sui commenti dei bartolisti. Però, il fatto che tanti giuristi in pieno XVI secolo sdegnassero sia il *Corpus* sia le glosse medievali non deve far pensare che essi abbiano relegato radicalmente l'intero patrimonio giuridico proveniente dal Medioevo e lavorato su di una *tabula rasa*. Infatti, il *Corpus* venne ricercato e revisionato di continuo dai giuristi più geniali del tempo, poiché erano fermamente convinti che il diritto romano, nonostante non fosse più il diritto vigente, né applicabile alla società del XVI secolo, avesse tuttavia grande valore didattico e pratico come *ratio scripta*. Sebbene il metodo venisse aggiornato e fonti venissero

²⁸⁰ Se i giuristi medievali sono convinti che il *Corpus* sia un'opera armonica di per sé e ogni apparente antinomia possa essere eliminata tramite l'*interpretatio*, i giuristi umanisti sono propensi ad attribuire le contraddizioni e le aporie all'imperizia di Triboniano (*Emblemata Triboniani*) e al cambiamento storico nelle diverse fasi del diritto romano. Da ciò nacque la storia della caccia dell'interpolazione del *Corpus iuris civilis*. Cfr. Luigi Palazzini Finetti, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris Giustiniano*, Giuffrè, Milano, 1953.

reintrodotte con la conseguente storicizzazione e relativizzazione del *Corpus*, quest'ultimo non perde il proprio valore, rimanendo il monumento più grandioso dell'antichità quanto alla sua valenza storica e dottrinale.

Nel frattempo, alcuni giuristi proposero il programma di sistematizzazione di tutte le materie del diritto al di sopra della confusione caotica della giurisprudenza medievale. Il nuovo sistema doveva basarsi sul criterio della ragione, grazie alla quale costruire un sistema giuridico coerente, ragionevole e immune da ogni contrazione e disordine intrinseci, apportati sia dal *Corpus iuris civilis* sia dalle glosse medievali. Il diritto, nel pensiero dei giureconsulti sistematici, non è altro che il prodotto della ragione umana: l'essenza del discorso giuridico consiste nel mettere in luce la ragione, in luogo di ripetere l'interpretazione medievale, considerata come l'insieme delle pagine oscure e erranee.

Inoltre, come il Maffei ha affermato, la storicizzazione del diritto romano, nella Francia del XVI secolo, «può pertanto essere considerata come la fase conclusiva di un processo storico più che secolare»²⁸¹, nel senso che il diritto romano sia potuto servire all'aspirazione a compilare le consuetudini e elaborare un diritto nazionale francese. L'indirizzo dell'umanesimo giuridico, in Francia, in particolare nella seconda metà del Cinquecento, è congiunto all'emergente sentimento nazionale, dando vita al movimento della compilazione del *droit coutumier*. Ciò può anche spiegare bene il disprezzo nei confronti del *Corpus iuris* considerato come il testo legislativo dell'impero²⁸². Il rapporto tra l'umanesimo giuridico e la compilazione del diritto consuetudinario francese risultava intercorrente e incidentale. Una schiera di umanisti, sia magistrati che giuristi di professione, parteciparono con passione alla chiarificazione, razionalizzazione e unificazione delle consuetudinarie locali²⁸³. Le

²⁸¹ Domenico Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 187.

²⁸² Le accuse più acerbe e più rappresentative nei confronti del Giustiniano culminarono nell'*Antitriboniano* di François Hotman. È da notare che proprio in questo volume, Hotman elencò in dettaglio i difetti del *Corpus* e poi propose di elaborare 'unum aut duo bona volumina' cancellando le parti obsolete e inutili per la realtà francese, conservando le parti ancora vive e utili 'sulle basi della filosofia, della legge mosaica e soprattutto delle consuetudini del regno' (Cavana, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 180).

²⁸³ Cfr. René Filhol, *Le Premier Président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Librairie du recueil

loro attività arricchirono e approfondirono necessariamente l'umanesimo giuridico francese, ma in un certo modo rappresentarono un indirizzo conservatore e peculiare²⁸⁴.

Nel complesso, lungi dall'essere un coro uniforme, l'umanesimo giuridico francese del XVI secolo racchiude all'interno vari modi di pensare e di trattare il diritto, spesso diversi o anzi antinomici tra di loro²⁸⁵. Tuttavia, la convergenza delle diverse forze speculative fanno dell'umanesimo giuridico un movimento rinnovatore volto a uscire dalla tradizione giuridica medievale, per adottare un nuovo punto di vista di osservare e di costruire il diritto. Il merito del lavoro degli *homines novi* consiste non solo nella distruzione di un sistema ingombrante, ma piuttosto nel riordinamento delle materie giuridiche in base alla scoperta dell'autenticità delle fonti normative. In questo senso, il Cinquecento non può che costituire una parte indispensabile del nostro discorso.

Sirey, Paris, 1937, pp. 125-220; Vincenzo Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 79-94; Thireau, *l'Humanisme juridique*, cit., p. 799-800, *ad vocem*.

²⁸⁴ Thireau, voce *l'Humanisme juridique*, cit., p. 800.

²⁸⁵ Cfr. Francesco Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 183-205; Riccardo Orestano, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, «Atti del primo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto», Leo S. Olschki, Firenze, 1966, pp. 389-415; Vincenzo Guizzi, *Il diritto comune in Francia nel XVI secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, in «Revue d'histoire du droit», XXXVII, 1969, pp. 1-16; Peter Stein, *Legal humanism and legal science*, in «Revue d'histoire du droit», LIV, 1986, pp. 297-306; Francisco Carpintero, «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el *Humanismo racionalista*, in *Ius commune*, VI, 1977, pp. 108-171.

Sezione II. Andrea Alciato: un rinnovatore moderato

Un posto di rilievo spetta ad Andrea Alciato, «il vero fondatore di un indirizzo umanistico specificamente giuridico»²⁸⁶, nonostante la sua formazione si fosse radicata nel solco tradizionale del *mos italicus*, poiché egli fu un precursore²⁸⁷, tra i primi ad utilizzare il metodo umanistico nel mondo del diritto propagando l'umanesimo giuridico in Francia nei primi anni del Cinquecento. Anche nel nostro interesse, Alciato rappresenta infine una testimonianza fondamentale. Padroneggiando perfettamente la conoscenza della storia²⁸⁸ e della filologia²⁸⁹, Alciato sviluppò nella sua vita l'inclinazione fortemente umanistica, ma non tagliò mai il cordone ombelicale con la tradizione giuridica medievale. Questo atteggiamento bifronte si manifesta anche nel suo discorso in merito al *dominium utile*.

Nel secondo libro del suo trattato *Parergon*, Alciato dette la definizione del *dominium*:

Dominium, inquit Bartolus, est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi legis vel testatoris adsit prohibitio. Aliud autem est directum, aliud utile, quale est quod emphyteuta, vel perpetuarius cliens habet. Sed praeter hanc distinctionem in iure etiam alias species invenire est: quoddam enim

²⁸⁶ Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 178.

²⁸⁷ Accanto a Alciato, tra i giuristi umanisti attivi all'inizio del Cinquecento, vediamo anche Ulrico Zasius e Guillaume Budé. Tutti e tre, nelle parole del Maffei, sono definiti 'il grande triumvirato'. Infatti, a nostro parere, Budé si presenta più un *grammaticus* di alta cultura che un giurista professionale, nonostante il suo contributo incomparabile alla *scienza iuris*, in particolare il valore scientifico delle *Annotationes in XXIV libros Pandectarum* (Paris, 1508). Inoltre, nei suoi commentari e trattati giuridici, ci sembra difficile trovare un lineamento sistematico e coerente intorno al *dominium/proprietà*. Per questo motivo, non ci cimentiamo in una ricerca peculiare che abbia Budé per oggetto.

²⁸⁸ Per il giurista milanese, forse 'il primo ad affermare tanto nettamente la superiorità della storia su ogni altra disciplina, sullo stesso diritto' (Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Op. cit., p. 134), la storia è la sola '*certissima philosophia*' (Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, cit., p. 136, n. 35).

²⁸⁹ Per esempio, di fronte a un frammento problematico di Ulpiano (D. 1,16,9,1) in relazione alla giurisdizione imperiale tardoantica («*Ubi decretum est necessarium est per libellum id expedire proconsul non poterit: omnia enim quaecunque causae cognitionem desiderant per libellum non possunt expediri*»), Alciato esaminò i tre *key terms* nel testo (*libellus*; *causae*; *cognitio*) e concluse che, al contrario all'opinione di Budé, che preferiva citare le fonti storiche e letterarie piuttosto che giuridiche, la situazione illustrata da Ulpiano si riferiva invece solo ai casi incontestati e il *libellum* doveva essere assegnato all'autorità giudiziaria anziché all'imperatore. Secondo il giurista milanese, in questa categoria dei casi incontestati, la *subscriptio* delle parti non è sufficiente, ma si deve pronunciare un *decretum* dall'autorità per rafforzare l'efficacia del giudice nei confronti del caso. Perciò, ogni volta che il *decretum* non è pronunciato, sembra che il *proconsul* non svolga la *causae cognitio*. Per argomentare la propria tesi, Alciato citò gli altri due frammenti del *Codex giustiniano* (C. 5,71,6 e C. 7,57,5) e mise a confronto i tre frammenti per determinare il vero significato del frammento in questione. Cfr. Alciato, *Paradoxa*, 23-24, *Defensio*, b5, b6+1; Michael L. Monheit, *Guillaume Budé, Andrea Alciato, Pierre de l'Estoile: Renaissance Interpreters of Roman Law*, in «Journal of the History of Ideas», Vol. 58, January 1997, Number 1.

dominium est ἐλπίδα, id est, in spe, ut cum lex filiumfamilias rerum paternarum dominum vocat: unde et sui haeredes dicuntur tanquam sibi ipsis succedant, erant enim vivente quoque patre domini. Aliud est dominium quod πρόληψις, id est, per anticipationem dicere possumus, ut cum mulier rei suae in dotem traditae domina dicitur: futurum enim est ut ei dos sua restituatur, validiusque est, eius quam filiifamilias ius, ipsa enim propter tale dominium, tanquam locuplex sit, iudicio sisti, satisfacere non tenetur, cum filiusfamilias teneatur. Aliud est dominium quod vidua habet, quam maritus relictis liberis decedens in testamento iussit esse dominam, usufructuariam administratricem: dominium enim illud εἰκονικός et imaginarium est, cum ex vulgari consuetudine, eam solum in domo praeeminentiam consequatur, quam vivente marito habebat, ideoque ad alimenta tantum contrahitur, est igitur et hoc dominium ἐχματισμένος. Aliud est quod observationem foederati supremo principi, vel reipublicae debent. Titus Livius auctor est, in Aetolorum foedere autum, ut maiestatem populi Romani comiter observarent, cuius maioris domini effectus non paucos mostrates interpretes suis locis referunt, nobis in praesenti alia est cura, solebant et veteres honoris causa dominum aliquem dicere, ut cum Nesennius ad Paulum scribens, Ex facto, inquit, domine talis species incidit. Sic et mariti uxores suas, et maritos illae quandoque appellant²⁹⁰.

Nonostante l'inclinazione rinnovatrice, Alciato trascrisse fedelmente la definizione bartoliana e accettò senza riserva la divisione dei *dominia*. Egli non pensò che una tale divisione fatta da Bartolo rappresentasse un errore, né volle proporre una nuova definizione. Il giurista milanese, infatti, si limitò a rapportarla e accettarla pedissequamente senza critica. Il discorso successivo ci appare più interessante. A parte la divisione bartoliana, Alciato propose quattro specie del dominio: *dominium in spe (filiusfamilias)*; *dominium per anticipationem (mulier)*; *dominium imaginarium (vidua)*; *dominium summum et maius*. Una tale distinzione non può non ricordarci un passo di Angelo Ubaldi (1328-1407) nel pieno Quattrocento:

Et haec littera dicit quod triplex est dominium. Quoddam consistens in puro intellectu, et hoc convenit filiofamilias, quando dominium rerum praesens habet eo vivente; quoddam subsistit in sustentamento, et illud convenit uxori, quae sustentanda est ex re dotali, cuius dominium est viri; quoddam est dominium connexum cum administratione, et illud convenit habenti verum dominium et distinguitur inter utile et directum²⁹¹.

²⁹⁰ Andreae Alciati... *Parergon iuris libri tres*, Lugduni, 1538, lib. II, cap. XV, pp. 93-95.

²⁹¹ Ad l. *In suis*, ff. *de liberis et posthumis*, n.4 (D. 28,2,11), in Angeli Ubaldi perusini... *In primam atque*

La sostanziale analogia tra i due giuristi merita attenzione. Al di là della distinzione tra il dominio diretto e il dominio utile, si introduce un altro modo di distinguere e di classificare i *dominia*. Paolo Grossi ha osservato che Angelo degli Ubaldi aveva posto particolare attenzione al rapporto concreto con la cosa, tale da renderlo l'unico vero e proprio *dominium*: «si evince che le situazioni genericamente dominative possono essere molte, ma che uno solo è il verum dominium: questo non può consistere né in un semplice sostentamento com'è nel caso della moglie rispetto al patrimonio dotale di cui è titolare il marito, né tanto meno in un rapporto puramente spirituale e morale, com'è per il figlio durante la vita del padre rispetto alla futura eredità paterna. Il *dominium*, quello autentico, significa un rapporto concreto con la *res*, significa gestione del bene-cosa, come fanno - per diversi rispetti - sia il direttario che l'utilista. Il testo di Angelo degli Ubaldi è rilevante proprio per questo suo richiamo alla concretezza storica del *dominium* come proprietà: esso rifugge un oggetto puramente intellettuale, ha bisogno invece di far capo ai problemi concreti, effettivi della cosa e della sua gestione»²⁹². La riflessione sul *dominium* non può essere distaccata dall'amministrazione materiale della cosa, ovvero un rapporto tangibile, materiale piuttosto che ideale e astratto. Solo su questa base la divisione del dominio diretto e utile ha senso. Inoltre, come vediamo, nel mettere in rilievo il vero dominio, Angelo degli Ubaldi non rifiutava le altre specie di dominio. Però, esse sono soltanto fittive e incomplete. L'analisi del passo del giurista quattrocentesco ci rivela una convinzione importantissima: il dominio, in qualche modo, può essere concepito anche come un'idea astratta, immaginaria e intellettuale. Notiamo che il *dominium* distribuito alla vedova è praticamente l'usufrutto più che il vero e proprio *dominium*²⁹³. Ma per i bartolisti, anche l'usufrutto faceva parte del '*dominium*

secundam Infortiati partem commentaria..., Venetiis, 1580.

²⁹² Paolo Grossi, *Dominia e servitutes (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, in «Quaderni Fiorentini», 18 (1989), p. 384.

²⁹³ L'origine dell'usufrutto, nel diritto romano classico, è collegata alle esigenze di 'conservare intatto ai figli il patrimonio della famiglia ed insieme per assicurare alla vedova un dignitoso sostentamento'. Già verso la metà del II secolo a. C., è diffuso l'istituto che 'il testatore disponesse in favore della moglie... del godimento... di determinati cespiti patrimoniali (o anche di tutti quanti i beni del testatore) in modo che il *dominium* di essi, sia pure temporaneamente limitato dall'*usus fructus* della vedova, restasse agli *heredes*' (Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 378).

*distensive*²⁹⁴, poiché ‘*vocabulum dominium est latum et cadit in omni iure quod quis habet de quo possit disponere*’²⁹⁵. Un diritto incorporale, dunque, anche se si attua solo nel futuro (*in spe*), è in grado di giocare un ruolo nella categoria latissima del *dominium*.

In Alciato troviamo lo stesso atteggiamento. Nel solco di Angelo degli Ubaldi, il giurista umanista continuò a dare cittadinanza dominativa al *dominium imaginarium* o al *dominium sui iuris* (il diritto sui beni concesso dalla legge al figlio, alla moglie e alla vedova²⁹⁶); egli continuò a distinguere il *dominium directum* e *utile*, a spese dell’unità e dell’inseparabilità di questo diritto sulla cosa. A nostro parere, Alciato si muoveva in modo paradossale, in altri termini, secondo un atteggiamento ambivalente. Da un canto, egli era pienamente cosciente della falsità storica della teorica del *duplex dominium* e difendeva il più possibile la purezza del *vere dominium*, come egli dichiarava con chiarezza nel 1530: «cum enim proprium sit quod uni soli convenit, non caret abusu qui latiore verbo id designat, quod peculiari voce dicendum erat... Sed et cum emphyteota, vel qui vectigalem fundum a municipibus habet, se dominum appellat, improprie loquitur, quoniam vere dominium est, quod directum vocamus»²⁹⁷; dall’altro canto, peraltro, non intendeva affatto tagliare definitivamente

²⁹⁴ Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis 1615, ad lib.III Codicis, tit. De probationibus, l.proprietas, n.1, fol.37 recte: “Tertio modo dicitur dominium adhuc magis distensive, ut dominium ususfructus, et dominium cuiuslibet servitutis”.

²⁹⁵ Questo passo di Paolo di Castro è tratto dal suo commento ad l.Proprietatis, C.de probationibus, nn.1-2 (C. 4,19,4). Cfr. P. Grossi, *Domina e servitutes*, cit., p. 384, n. 106.

²⁹⁶ In altro luogo Alciato fece la sua distinzione: ‘Quandam speciem dominii in re, in qua quis non habet facultatem libere disponendi, quod videtur contra definitionem positam per Bar.in l.si quis vi. § differentia.ff.de acquir.possession. Sed illa diffinitio comprahendit solum verum et proprium dominium, non autem istud improprium, et quod consistit solum in spe, l.scripto.ff.unde liber.et ideo gl.videtur intelligere, quod solum iuris intellectu consistat: vel secundo, quod large dicatur dominus, quia ex eo sustentatur. Nec enim aliud est esse dives, quam uti divitiis:et ideo antiqui exemplo Graecorum possessionem usum appellabat, l.quaestio.infra.de verb.signific. Aliud dominium est hic in gloss.quod habet mulier in rebus dotalibus constante matrimonio. Vere enim ad maritum pertinet, sed large potest dici et ipsa habere, l.in rebus.C.de iur.dot.et tale dominium est potentius, quam dominium filii: quod apparet, quia ipsa propter illud evitat onus satisfaciendi, l.sciendum. § si fundus.qui satis.cog.et firmat Alberic.Angel.per gloss.et Iason. hic: quod non est in filiofamilias... Aliud dominium habet etiam mulier in rebus mariti, quando est relicta domina massaria, usufructuaria, existentibus filiis: nam illud dominium intelligitur de simplici quadam praerogativa in domo, qualem habebat vivente testatore, secundum consultationem Bulgari: de qua in auth.hoc locum.C. Si secum.nups.mul.et in l. Titia. § .Titia.ff.de leg.ii.unde et testatores quandoque... Est etiam aliud dominium, quod appellatur maius dominium, quod est quaedam superioritas, qua civitates, vel foederati promittunt principis alicuius maiestatem observare’. Cfr. Andreae Alciati *Opera omnia*, tomus I, Basileae, 1582, col. 541, *Commentarium* ad l.XI, tit. De liberis et posthumis (D. 28,2,11), no. 21, *Domini divisiones: et quale filius habet*. Qui Alciato si rese conto della differenza tra ‘*verum et proprium dominium*’ e ‘*istud improprium*’, puntualizzando che la definizione bartoliana si applichi soltanto al primo.

²⁹⁷ Andreae Alciati *De verborum significatione libri quatuor*, Lugduni (1536), lib. II, p. 72.

il legame con l'*opinio communis* condivisa dai bartolisti al riguardo della divisibilità e della pluralità del *dominium*. Infatti, il giurista milanese ricorse alla strategia consueta ai bartolisti per evitare la divergenza imbarazzante tra il testo della *Compilazione* e l'*interpretatio* condivisa dai dottori²⁹⁸. Il *dominium*, per quanto riguarda il significato verbale e autentico, si riferisce solo al *dominium* consistente nella *res corporalis*, ma non è pertanto irragionevole parlare di un *dominium incorporale* nel senso semplicistico e molto approssimativo²⁹⁹. Nel pensiero di Alciato, il *dominium* non è e non può essere unico, né indivisibile. Aderente al sistema di Bartolo, egli insistette che ci fossero due *dominia*, uno *directum* ed un altro *utile*; anzi, all'interno dell'*utile* si possono ulteriormente distinguere più *species*:

Sed quotuplex dicemus esse dominium? Et Bartolus receptione sententia tradidit, duplex esse...Aliud enim directum, aliud utile appellari. At alii unicum duntaxat dominium esse dixerunt, cuius pars sit illud, quod utile dicitur. Imminuit enim alterius utilitatem, quae controversia magis verborum, quam effectus est. Est ergo directum dominium plenarium, quotiescunque nullus alius in ea re ius habet. Etenim dicitur ea res pleno iure ad nos spectare, quae nulla ex parte imminuta est...Et haec quidem de directo dominio satis: quibus consequens est, ut etiam cognosci varia utilis dominii natura possit. Aliud enim est, quod directo adversatur, nempe quod per longi temporis possessionem quaesitum est, quod et verum dominium appellari potest. Diciturque is, qui praescriptione tutus est, pleno iure dominus esse. Potest et proprietarius appellari. Lex tamen non simpliciter acquisitione, sed adiectione dominii eum esse securum ait. Qua de re alibi dixi. Aliud est, quod directum agnoscit, illique subiicitur: quale est emphyteutae, clientis, et similibus, et tales quoque (ut ego sentio) possunt recte proprietarii vocari: quia lex dicit habere eos possessionis proprietatem: ideoque et perpetuarii appellantur, quia ius perpetuum habent. Qua de re supra dixi... Aliud est utile, quod directo adhaerens est, quale illud cessionarii, qui quandoque etiam

²⁹⁸ Scomponendo il *dominium* in *species* diverse, Alciato provò a «negare la fondatezza della teoria medievale, ma al contempo di diluire tale negazione nel riscontro sulle stesse fonti di una insospettata polisemia *dominium*, utilizzando con significati distinti ai fini più disparati». Alciato riassunse quattro specie di *dominium* dalle fonti romane senza tenere conto dell'eterogeneità profonda tra di esse. Il *dominium* di natura pubblicistica appropriato dal principe si affianca a quelli in capo al futuro erede, vedova e moglie, facendo il *dominium* di un concetto generico e indeterminato. Sotto questo profilo, anche il *dominium utile* perde il proprio rilievo nel sistema dominativo, «diventando una tra le tante *species* previste». Cfr. Giovanni Rossi, *La lezione metodologica di Andrea Alciato: filologia, storia e diritto nei «Parerga»*, in André Alciat (1492-1550): un humaniste au confluent des savoirs dans l'Europe de la Renaissance, A. Rolet, S. Rolet (ed.), Brepols, 2013, p. 159.

²⁹⁹ Andreae Alciati, *Opera omnia*, tomus I, *Op. cit.*, col. 1468, *Commentarium* ad l. XVII, tit. *De acquirenda vel amittenda possessione* (D.41,2,17,1), n. 9: «Videturque ex supra scripta definitione dominium in rebus incorporalibus proprie non esse, sed quasi dominium: sicut et in eis non possessio, sed quasi possessio est. Quod et Bar. tradit. Lex tamen simpliciter dicit, nos possessionem, itemque dominium usufructus habere, et alibi actionis personalis dominium apud mulierem esse».

directas actiones nomine domini intendit... Est et aliud dominium, quod legis interpretatione in alium transfertur, cum alius secundum regulas communes sit dominus, ut in re, quam quis ex militis, pupilli, ecclesiae pecunia emit: vel quoties aequum legislatori visum est, ut dominii utilitas in alium transferatur. Qua de re alibi. Sed de hoc quoque hactenus. Sunt tamen, qui utile dominium appellent quasi dominium: quod Bartolus improbat, et per quamdam aequivocationem sic dici arbitratur, cum quasi dominium solum de eo accipiamus, cuius nomine actio Publiciana nobis competit³⁰⁰.

Il passo citato sarebbe sufficiente a chiarire il pensiero di Alciato. Non diversamente dai bartolisti, Alciato si domandò ‘*quotuplex est dominium*’ e delineò raffinatamente ogni tessera del mosaico. Il discorso progredisce attraversando la strada già battuta da Bartolo e si accorda con la sistematica bartoliana (in particolare la tripartizione tra il dominio diretto, utile e *quasi dominium*) con ulteriore, ma accessoria, aggiunta (ci sono quattro specie del *dominium utile* invece di due). Se Bartolo offrì il modello ideale dei *dominia* a tutti i giuristi successivi, Alciato, dopo quasi due secoli, nei primordi dell’umanesimo giuridico, rimase fedele allo schema tradizionale. Dovremmo attenderci che i romanisti muniti della visione critica propongano nuove argomentazioni per negare definitivamente la teorica del *dominium utile*. Possiamo concludere che Alciato rappresenta una figura moderata e conservatrice che rispetta il più possibile la tradizione dello *ius commune*. Egli appare, pertanto, un *consiliateur* che aveva «cru possible d’accorder l’adhésion aux idées nouvelles avec la fidélité aux méthodes traditionnelles héritées du bartolisme»³⁰¹.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Thireau, *l’Humanisme juridique*, cit., p. 796.

Sezione III. La corrente storicista e la dissertazione sulla problematica feudale nelle opere di Cujas

§ 1. I caratteri e lo scopo della corrente storicista

Già all'inizio del XVI secolo i giuristi umanisti, quali Alciato, Budé e Zasius hanno adoperato in modo particolare la metodologia storico-filologica per scavare, esaminare e riaffermare il vero significato del testo romano. La ricerca storica e filologica si incentra sulla sfiducia verso il valore delle opere dei Glossatori e dei Commentatori medievali, che erano state considerate volgari e inaffidabili per la carenza di raffinatezza e per i vari errori di prospettiva storica. Tuttavia, le opere giuridiche del nuovo tempo furono caratterizzate da nuovi criteri di concepire e enunciare il diritto: in primo luogo, si ricostruisce il volto originario del testo esaminato (metodo filologico), poi, si analizza il vero significato del testo con l'ausilio delle fonti greco-romane: storiche, retoriche, letterarie, filosofiche e via dicendo (metodo storico)³⁰². Procedendo dalla conoscenza degli *studia humanitatis*, i giuristi imbevuti della cultura umanista furono già in grado di ricostruire un diritto più coerente, armonico e storicamente autentico.

Dunque, i giuristi umanisti cercarono di sviluppare una visione storica che permettesse di considerare il diritto sulla base dell'idea dell'evoluzione. È il diritto romano classico, anziché il diritto giustiniano e le glosse aggiunte dagli *interpretes* medievali, a rappresentare il vero spirito e lo splendore della *scientia iuris*. L'entusiasmo di raccogliere, redigere e pubblicare le nuove fonti risalenti all'antichità³⁰³ rispecchiava nettamente la coscienza dei giuristi di superare il testo

³⁰² Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, Bologna, p. 253.

³⁰³ All'infuori del *Corpus iuris* giustiniano, gli altri monumenti giuridici formati in diverse fasi dello sviluppo del diritto romano, dall'età arcaica fino all'età tardoantica, suscitavano pure l'interesse degli umanisti. Basterebbe citare delle opere più note tra tante possibilità: il Codice teodosiano pubblicato da Jacques Cujas nel 1577 e aumentato dallo stesso editore nel 1588 (cfr. Carlo Augusto Cannata, *La cosiddetta 'Consultatio veteris cuiusdam jurisconsulti'*, in *Il diritto fra scoperta e creazione giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, M. G. di Renzo Villata (ed.), Jovene, 2003, Napoli, p. 201 s); Le leggi delle XII tavole ricercate da Alessandro d'Alessandro e ricostruite da Aymar du Rival (egli fu forse il primo storico del diritto, e infatti fu il primo giurista che ha

autorevole medievale e di ridimensionare l'intero diritto ricorrendo alla fonte considerata più antica e perciò più autentica. Così il rigido sistema medievale imperniato intorno all'autorità e all'indiscutibilità del *Corpus* veniva infranto³⁰⁴ tanto da provocare un effetto, diciamo noi, centrifugo. Se nei precedenti secoli il *Corpus* costituiva l'unico punto fisso dal quale i giuristi avevano sempre tratto tutte le materie giuridiche, il Cinquecento, a sua volta, testimoniò una nuova impostazione: l'importanza assoluta della storia, con la quale il diritto va sempre collegato. Grazie al lavoro della Scuola di Bourges, i dati giuridici e metagiuridici ricavati dalle fonti antiche favoriscono la storicizzazione del diritto romano e così collegano la ricerca del diritto agli *studia humanitatis*, cioè lo studio di ogni sapere umanista, poiché il diritto non costituisce una disciplina chiusa, ma piuttosto è una delle componenti della cultura e della civiltà³⁰⁵. Si parla dunque delle *nuptiae* per mettere in rilievo la correlazione che intercorre tra il diritto e le altre discipline colte³⁰⁶. Dal punto di vista dei giuristi storicisti, la storia, rispetto alla *scientia iuris* medievale, acquista così una dimensione più ampia e la profondità più intensa da fornire ai giuristi le conoscenze necessarie per comprendere il diritto puro. Di conseguenza, appare assurdo relegare l'intero patrimonio culturale antico e concentrarsi unicamente nei *libri legales* medievali.

Però, sembrerebbe altrettanto assurdo ritenere che i giuristi storicisti abbiano assolutamente negato alla tradizione giuridica e tagliato violentemente il legame con i grandi *doctores*. La loro intenzione non è soltanto quella di soddisfare la curiosità scientifica, ma soprattutto di rispondere alle esigenze pratiche che in larga misura si

interpreso una storia delle fonti del diritto romano. Cfr. *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., pp. 297-298). Cfr. Mauro Di Nichilo, *Un'enciclopedia umanistica: i Geniales dies di Alessandro d'Alessandro*, in *La Naturalis Historia di Plinio nella tradizione medievale e umanistica*, a cura di Vanna Maraglino, Cacucci, Bari, 2012, pp. 207-235; Michel Humbert (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, IUSS Press, Pavia, 2005.

³⁰⁴ 'Il monolito della *Compilazione* si disgregava e diveniva difficile stabilire i modi della sua vigenza e della sua applicazione pratica. Elementi derivati dal metodo storico-filologico applicato al diritto romano, motivi culturali e ragioni di natura politica convergevano così, per la prima volta dopo quattro secoli di incondizionata adesione, verso una tendenziale storicizzazione del diritto antico', cfr. Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 260.

³⁰⁵ Tureau, *L'Humanisme juridique*, cit., p. 797.

³⁰⁶ Una tale *nuptia*, entro il contesto dell'umanesimo giuridico, non può non risuonare l'aforisma quintiliano *'Omnes disciplinas inter se conjunctionem rerum et communionem habere'*. Cfr. Riccardo Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 163.

radicassero ancora nel suolo medievale. I giuristi umanisti francesi, lungi dall'essere pedanti, prestarono molta attenzione ai problemi attuali. L'esame storico intrapreso da Budé, Cujas, Hotman, Baudouin, Bodin e da altri autori servì sia alla formazione dei giuristi, sia alla ricostruzione di un diritto adeguato alla Francia³⁰⁷. Nella sfera del diritto feudale, per esempio, non mancarono polemiche e contestazioni radicali. Infatti, il diritto feudale gettò le basi dello *ius commune* europeo a proposito del diritto patrimoniale, poiché durante l'intero Medioevo e la prima età moderna il fondo fu la più importante fonte di ricchezza³⁰⁸. Alcuni giuristi umanisti misero in discussione la legittimità della pietra angolare del diritto feudale medievale, ovvero il *Liber feudorum* di Oberto dall'Orto ritenendo che non fosse altro che una compilazione privata senza qualsiasi approvazione ufficiale³⁰⁹. Naturalmente, la problematica del *dominium utile* non sfuggì agli autori umanisti. Jacques Cujas, «il più grande degli interpreti delle leggi romane nel sec. XIV»³¹⁰, svolse una profonda ricerca sulla teorica del *dominium utile* nel suo trattato sul diritto feudale. Vale la pena di osservare da vicino la posizione di Cujas.

³⁰⁷ Vincenzo Piano Mortari, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 295-296: «Se i seguaci francesi della scuola culta ne facevano oggetto quasi esclusivo di ricerca storica e filologica e consigliavano il suo studio direttamente sui testi originali senza le interpretazioni di carattere pratico e scientifico dei bartolisti - che costituivano in realtà il mezzo continuo di svolgimento e di adeguamento dei principi giuridici romani - ciò evidentemente avveniva perché essi lo consideravano, più che una fonte giuridica positiva, uno strumento prezioso di formazione giuridico - culturale».

³⁰⁸ Dirk Heirbaut, *Feudal Law: the real Ius commune of property in Europe, or: should we reintroduce duplex dominium?* in «European review of private law», Vol. 11, no. 3, 2003, p. 301 ss.

³⁰⁹ Francisci Duareni *Commentarius in consuetudines feudorum*, in *Opera omnia*, Vol.4, Lucae, 1768, p. 133: «Vulgo dicitur ab Oberto scriptus, et Gerardo quodam... Huius Oberti nomen est in quibusdam capitibus huius tractatus: hinc creditur eum totius huius libri auctorem esse; sed nihil tamen reperio Oberti esse: multo minus Gerardi illius... Sed hoc non arguit auctorem esse hunc eius libri, non magis quam Ulpianus Pandectarum»; Franc. Hotmani *Ad disputationem de feudis*, in *Operum*, Geneva, 1599, 801 ff: «Duodecimus iam agitur annus, ex quo ius Feudisticum publice interpretans, satis libere (ut tum aetas illa ferebat) quiritalus sum, me tria in eo perspicere vicia longe turpissima: ambiguitatem, repugnantiam, et absurditatem. Ausus etiam sum, barbarica illorum librorum scriptione offensus, in libello quodam observationum scribere, ingeniorum illam carnificinam esse, et Augiae stabulum, in quo expurgando altero Hercule opus esset».

³¹⁰ Biagio Brugi, *Cuiacio*, in *Enciclopedia Italiana* (1931), *ad vocem*.

§ 2. *Quid est feudum*: l'analisi di Cujas

Già nella giurisprudenza medievale, il diritto feudale era una delle materie più discusse dai giuristi. Questi analizzarono in modo continuativo la natura giuridica del feudo e i problemi concreti emersi dal foro feudale. La stessa preoccupazione della natura giuridica e dell'origine storica del feudalismo non sfuggì alla mente speculativa dei primi umanisti. Il *triumviratum*, ovvero i tre grandi giuristi umanisti dall'inizio del Cinquecento, Alciato, Budé e Zasius, hanno rispettivamente commentato il tema del diritto feudale, soprattutto le *consuetudines* lombarde³¹¹. I giuristi successivi, quali Baron³¹², Le Douaren³¹³, Hotman³¹⁴ e Cujas³¹⁵, continuarono a ricercare e ad esplorare gli istituti feudali. Si potrebbe dire che si trattava di un *commonplace* dove si presentavano in maniera più sfaccettata il subconscio storico e la capacità speculativa dei diversi giuristi umanisti in rapporto all'origine possibile del feudo³¹⁶ oppure al ruolo giocato del diritto feudale nel *droit coutumier*³¹⁷. In questa sede, non vorremmo svolgere un'indagine comparativa tra i diversi indirizzi in merito al diritto feudale proposti durante il Cinquecento, né presentare una lista esauriente ma prolissa e inutile delle *opiniones* al riguardo. Ci limitiamo a porre l'attenzione sul principale esponente della corrente storicista.

³¹¹ Secondo l'indagine effettuata da Jacopo Alvarotti nel 1548, c'erano ormai più di quaranta commentari *super feudis*. Cfr. Jacopo Alvarotti, *Lectura in usus feodorum*, Frankfurt, 1570, *proem*.

³¹² Baron, *Methodus ad Obertum Ortensum*, 1548.

³¹³ *Commentarium in consuetudines feodorum*, in *Omnia opera*, Geneva, 1608.

³¹⁴ Hotman, *De feudis commentatio tripertita, hoc est disputatio de jure seudali; Commentarius in usus seudorum; Dictionarium verborum feudaliū*, pubblicata nel 1573.

³¹⁵ Cujas, *De Feudis Libri V et in eos Commentarii*, 1566.

³¹⁶ Nel XVI secolo, i motivi che condussero i giuristi francesi a ricercare l'origine del feudo furono spesso vari. Alcuni giuristi insisterono sulla tradizione bartolista, alcuni la ricercarono per interesse storico-erudito, gli altri, più pratici e meno eruditi, cercarono di constatare l'efficacia e la legittimità del diritto francese rispetto al *Liber feodorum* considerato come la compilazione della consuetudine feudale italiana. Cfr. Donald Kelley, *De origine feodorum: the beginnings of an historical problem*, in *Speculum*, XXXIX (1964), ora in *History, law and the human sciences. Medieval and Renaissance perspectives*, Variorum Reprints, London, 1984, p. 219 ss.

³¹⁷ Charles Dumoulin dichiarò che «tum inter consuetudines Franciae et Galliae, major, prolixior, et uberior, et plerumque difficilior est tractatus de feudis». Cfr. *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, in Caroli Molinaei... *Opera quae extant omnia*, Parisiis, 1658, T. I, col. 3.

A. Lavoro filologico. L'origine e l'etimologia del *feudum*

Jacques Cujas è il maestro più ammirato e seguito della corrente storicista. Il giurista tolosano si è distinto in seno all'umanesimo giuridico francese per la sua versatilità come editore infaticabile delle fonti classiche³¹⁸, abile studioso delle diverse *artes*, commentatore sagace del diritto romano e feudale. Fondatore, con grande successo, di una vera e propria scuola, Cujas ebbe molti allievi che condivisero con lui la sua metodologia storica e filologica. Sotto il profilo umanistico, Cujas s'impegnò a liberarsi dalla stratificazione delle voluminose *glosse*, *lecturae*, *disputationes* e *commentarii* medievali per ridare alle fonti giuridiche romane l'autentico volto corrispondente alla realtà storica. Seguita la strada già aperta da Andrea Alciato, Guillaume Budé e Ulrich Zasius nei primi decenni del Cinquecento, Cujas riuscì a plasmare un metodo molto personale basato direttamente sull'analisi erudita delle fonti antiche attraverso la sua perfetta conoscenza dell'antichità, in particolare la conoscenza della lingua latina e greca. Contrario ai giuristi medievali, Cujas ritenne che il diritto dovesse essere osservato sotto la concezione dell'evoluzione. Anche il Digesto, il patrimonio più grandioso della civiltà giuridica antica, non può sfuggire dal criterio critico³¹⁹.

Il diritto feudale costituisce un settore indispensabile nel discorso giuridico di Cujas. La ricerca recente constata che «non seulement, il l'évoque à de multiples reprises dans l'ensemble de ses écrits, mais surtout il lui consacre un ouvrage entier, à savoir une édition refondue et commentée des Libri feudorum. Cette édition n'est pas simplement la manifestation du travail philologique de l'humaniste; par ses commentaires, elle révèle la dimension pratique de son oeuvre»³²⁰. La Compilazione di Oberto de Orto, in quanto archetipo di una branca intera della tradizione medievale

³¹⁸ All'interno delle attività scientifiche di Cujas, si deve mettere in risalto la sua attenzione alle fonti. Il giurista tolosano godé ottima fama anche come l'editore delle fonti giuridiche antiche. Cfr. Xavier Prévost, *Jacques Cujas (1522-1590). Le droit à l'épreuve de l'humanisme*, thèse dactylographiée en 2 volumes, École de droit de la Sorbonne (Université Paris I), 2012, pp.82-106.

³¹⁹ Laurens Winkel, *Cujas*, in *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., p. 221, *ad vocem*.

³²⁰ Xavier Prévost, *Jacques Cujas (1522-1590)*, cit., p. 436.

della *scientia iuris*, per il suo valore teorico e pragmatico, non può non attirare l'attenzione di Cujas.

Le critiche lanciate alla metodologia tradizionale medievale, sostanzialmente, puntavano soprattutto su due difetti principali: l'ignoranza della realtà storica e la distorsione della *ratio iuris*, ovvero i giuristi che seguono il metodo della scuola tradizionale italiana offuscano e alterano violentemente il vero significato delle fonti giuridiche romane con la loro *interpretatio*. Per la mentalità innovatrice e rinascimentale degli umanisti, le opere scientifiche medievali avevano corrotto la purezza e l'eleganza dei giureconsulti classici, sostituendo i discorsi di Ulpiano, Papiniano e Paolo con le indagini meno raffinate di Bartolo e di Baldo. Il latino corrotto, adoperato dai *doctores* medievali, appariva pure grossolano, cosicché essi ritenevano che fosse loro compito pulire le incrostazioni accumulate da secoli e restaurare il diritto romano classico.

Dunque, non c'è da stupirsi se i giuristi umanisti erano avvezzi a puntualizzare che la teorica del *duplex dominium* costituiva un errore privo di ogni fondamento. In questo campo, il contrasto tra *mos italicus* e *mos gallicus*, tra gli scolastici e i *recentiores* si presentava inconciliabile. La nozione del *dominium utile*, per i *doctores* medievali, era il contenitore efficace a concettualizzare e categorizzare tante situazioni reali grezze e indefinibili nel quadro puramente romanistico, ma per gli eruditi degli *studia humanitatis* del Cinquecento, quella nozione fu solo *faex*, il prodotto di un'età imbarbarita. I primi si preoccupavano dell'applicazione pratica dell'*interpretatio*, mentre i secondi vollero tornare, cancellando l'esperienza dell'età di mezzo, al diritto classico a disprezzo del valore scientifico e pratico del patrimonio medievale³²¹.

³²¹ Luigi Palazzini Finetti, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giustiniano*, cit., p. 88: «Se infatti la prima (cioè la scuola Culti) faceva valere i principi riformatori dell'epoca nuova e l'autorità dell'Umanesimo nel campo dottrinale, con non minor vigore i seguaci del vecchio indirizzo sostenevano l'utilità attuale di un diritto vivo, in contrasto collo studio storico ed erudito delle fonti romane, che limitava la scienza giuridica nei ristretti confini del diritto classico, sopprimendo così buona parte del diritto vigente. I giuristi Culti, che derivano dagli Umanisti l'ingiusta severità e il più vivo disprezzo nei confronti della produzione giuridica dei Glossatori e Commentatori italiani, in netto contrasto coi sentimenti di amore e di venerazione con cui si accostano

Due testi che rivelano l'idea tipicamente umanistica ci aiutano a conoscere appieno la ripugnanza dei Culti nei confronti del *dominium utile*. Il primo è tratto da un'epistola di Marc Antoine Muret, il discepolo del celebre umanista italiano Giulio Cesare Scaligero: «Non habeo nunc ad manum superiores illas tuas, in quibus nescio quid quaerebas de dominio directo et utili, cuius tamen totius quaestionis molestia facile liberare ipse te potes. Dominium directum et utile nusquam a iurisconsultis, nusquam ab Imperatoribus nominantur, sed commenta ac somnia sunt eorum, qui, obscurando et ineptiis suis contaminando iure civili, sibi se acuminis et eruditionis laudem quaesituros putarunt»³²²; il secondo è di Jean Bodin: «Dominii acceptio simplex ac pura Romano significat proprietatem: neque enim in Pandectis aut Codice, at ne in Authenticis quidem ullum verbum extat utilis aut directi dominii: sed ea verba ex usu feudorum manarunt in vulgus: deinde quibusdam visum est fundiarios dominos et censuales et fundiarissimos seu tresfonciers appellare, et horum quidam immediati, quidam intermedii, postremo loco sunt proprietarii, qui recta verborum interpretatione domini sunt: reliqui nihil aliud quam ius praediatricum seu vectigal seu servitutem habent, dominium non habent, quia duorum simul esse non potest»³²³.

Entrambi gli autori non esitano a ricorrere alla verità storica per rilevare la falsità di questa nozione che opera una divisione dell'unitario dominio. Il dominio

all'antichità classica, cadono anch'essi in quegli abusi di critica e di negazione del passato che conducono insigni studiosi a perdere tempo prezioso nella ricerca degli errori storici, linguistici ed interpretativi dei giuristi medioevali, per concluderla con invettive così esagerate che il culto, per quanto profondo, della verità scientifica non può certo giustificare»; pp. 101-102: «I giuristi Culti... si limitano a pronunciare una generica condanna di tutto il lavoro sistematico compiuto dalla vecchia scuola italiana in quanto esso non risponde né ai loro ideali di classica perfezione, né al fine che essi si propongono nella interpretazione del diritto romano e non risparmiano ai suoi maggiori esponenti gli epiteti più ingiuriosi, accusandoli di ignoranza storica e letteraria. La loro critica rimane però del tutto superficiale e lascia volutamente da parte ogni indagine sul contributo effettivamente portato alla scienza giuridica dalle opere dei commentatori, affermando, ma non dimostrando, che esse sono inutili, anzi dannose allo studio del diritto. Questo inappellabile giudizio, pronunciato, per così dire, senza processo e senza prove sostanziali, fondandosi sui soli difetti formali ed esteriori della scuola italiana, stupisce, ed a ragione, il moderno storico del diritto, tanto più che ai giuristi Culti non mancavano, come agli Umanisti che avevano iniziato questa critica così severa e negatrice, gli elementi di conoscenza necessari per compiere una indagine completa ed approfondita del valore giuridico di tutta la produzione scientifica della vecchia scuola»; p. 117: «In genere, queste medesime argomentazioni... ne propugnavano una interpretazione puramente storica ed astratta, volta alla ricerca delle sue forme classiche originarie, trascurando invece del tutto lo studio del diritto giustiniano esposto e sancito nel *Corpus Iuris* e ogni sua applicazione concreta e pratica come legislazione vigente».

³²² Marc Antoine Muret, *Epistolarum [volumina duo]*, in M. Antoinii Mureti... *Oratines, epistolae et praefationes*, T. II, Roboreti, 1727, Vol. II, epist. LII.

³²³ Jean Bodin, *Juris universi distributio*, P.U.F., Paris, 1985, p. 52.

utile appare creato dai *somnia* di coloro che avevano goffamente oscurato e contaminato la purezza dello *ius civile*. Rispetto a Muret, che non risparmiò i termini più ostili, l'opinione di Bodin è un po' più moderata, ma non meno severa. Bodin tiene presente il conflitto tra la tradizione dottrinale romanistica e la realtà fondiaria francese cinquecentesca, nel quale l'una tentava di giustificare e di glorificare il dominio utile, l'altra era propensa a negarlo sia per difendere la *recta verborum interpretatio*, sia a causa dello spregio nei confronti della giurisprudenza medievale³²⁴. Ci troviamo di fronte a una battaglia aspra che segnala l'apice della contestazione tra *mos italicus* e *mos gallicus*. In questo passo Bodin indica chiaramente la differenza essenziale tra la scuola bartolista e la scuola Culta. La prima aveva elaborato il *dominium utile* sulla base dell'applicazione delle fonti romane alla vita sociale del proprio tempo, poiché esso era germinato *ex usu feudorum*, una realtà vivente sui fondi feudali, censuali, enfiteutici; la seconda propone l'argomento solo nell'ottica del diritto romano classico, trascurando il valore e l'utilità della nozione dei due *dominia* nel corso del Medioevo e sopprimendolo così con l'eccessiva propensione erudita (si preoccupano piuttosto dell'*acceptio simplex ac pura* usata dai giureconsulti classici).

Cujas, a sua volta, guardò attentamente il problema storico del *feudum*, ovvero l'origine del termine e dell'istituto. Il suo trattato *De feudis* è iniziato dall'indagine etimologica e storica:

Vocem sane Feudi Isidorus a foedere deduxit. Obertus autem a fidelitate vel fide: quod rectius puto, vel eo maxime, quod hi qui rem a domino jure feudi acceperunt, dicantur esse eius Leudes, sive Leodes; quod est Francorum lingua, ses leaux, ou loyaux... Unde puto Germanos feudum appellare Leudum, sive Lehen. Nam et pari ratione iidem illi leudes, feudales dicuntur, quod est Francorum lingua, Feaux, et feudum jus sive res, cuius acceptione fidei dominis exhibendae vinculo constringuntur. Fideles his libris saepe: quo nomine olim servi nuncupabantur, et vero milites etiam, qui quid in feudum

³²⁴ L'osservazione di Grossi su questo passo di Bodin ci pare illuminante: «È notevole constatare anche qui la forte dialettica fra diritto romano e realtà consuetudinaria francese del Cinquecento, la rilevazione della profonda distanza che separa ormai l'uno dall'altra e la tranquilla accettazione di una prassi così svincolata dalla tradizione culta romanistica. Bodin, come Molinaeus, può contare su una autonoma, originalissima e autorevolissima tradizione, una tradizione che la vince sull'altra». Cfr. *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrevio cinquecentesco*, in «Quaderni Fiorentini», XIX (1990), p. 223, n. 37.

acceperunt, servos imitantur: nam tametsi servi non sint, serviunt tamen, et servitia debent, quae duo sunt diversa, l.uxori, in fin.ff.da usufr.leg. Servum scilicet esse, et servire, servitus, et servitium. Potestas domini servitutem, patientia servientis servitium facit. Vasalli igitur non sunt servi...et licet saepe Homines nostri dicantur, quia tamen ea appellatione proprie servi significantur, recte dixeris, non tam eos, qui quid a nobis jure feudi possident, homines esse nostros, quam nobis Hominium debere, quae vox Hominii concinnior est quam Homagii, qua utuntur Robertus...³²⁵.

L'esame storico e filologico spinse Cujas ad assumere la posizione più tollerante nei confronti del *Liber feudorum*. Alcuni umanisti criticarono che questo *librum* del console milanese non poteva vantare una piena autenticità giuridica, sia perché non era altro che l'insieme delle consuetudini ultramontane, ovvero locali e non generali, sia perché Oberto dall'Orto era soltanto una persona privata non munita di potere normativo³²⁶. Rispetto alle posizioni più rigide, Cujas affermò l'importanza dell'opera per il Regno di Francia, a meno che mancassero le regole nel diritto francese (*si qua in re propriis moribus deficientur*):

Continentur his libris mores quibus in feudorum causis Ligures sive Langobardi utebantur: qui plerunque fuere diversi, ut ecce, Gremonae, Ticini, Mediolani vasallus feudum poterat alienare sine voluntate domini: Mantuae, Veronae, et aliis quibusdam locis exigebatur consensus domini. Rursus Placentiae, qui militem investierat de feudo hac lege ne in successorem transiret, non poterat eo vivo sine ejus voluntate alium de eodem feudo investire. Mediolani, et Cremonae secus. Et hos quidem Italiae mores et jus quod his libris digestum est, aliae gentes si qua in re propriis moribus deficientur, libenter observant, ut idem plane de his libris statuere possis..... Et nos quoque jus feudorum, quo Italia utitur, sequimur non inviti, nisi si qua in re pugnet cum legibus aut moribus nostris³²⁷.

Così, proponendo delle congetture etimologiche, puntualizzandone l'origine italiana e consuetudinaria e dimostrandone il valore pratico per il diritto francese,

³²⁵ Jacobi Cujacii *De feudis libri quinque*, in *Opera omnia*, Venetiis, 1758, II, p. 1064.

³²⁶ I giuristi cinquecenteschi adottanti l'approccio storico, quali Dumoulin, Le Douaren e Hotman, ritennero che "the *Book of Fiefs* is a mélange of imperial constitutions, Milanese statutory law and northern Italian jurisprudence, dating from the eleventh and twelfth centuries, only peripherally significant for the history of feudal institutions", ovvero per essi il valore del *Liber feudorum* è più storico che giuridico. Cfr. Donald R. Kelley, *De origine feudorum*, cit., p. 211.

³²⁷ Jacobi Cujacii *De feudis libri quinque*, cit., t. II, p. 1063.

Cujas rispose alle due domande essenziali di Baldo³²⁸ alla luce dell'approccio storicistico: Il problema giuridico fu pienamente considerato sotto il profilo storico e filologico. Per comprendere bene l'atteggiamento di Cujas, ci si dovrebbe rendere conto delle circostanze francesi nei confronti del *Liber feudorum*. In Francia, dato che ormai si era imposto il motto «*Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*» i giuristi, sia umanisti sia praticanti meno 'eloquenti', difendevano entusiasticamente la prerogativa legislativa del re e rifiutavano definitivamente la possibilità di applicare le leggi imperiali nel territorio del regno francese. La polemica non era soltanto giuridica o storica, ma anche politica e ideologica. La questione se il *feudum* fosse *antiquissimum* o *recentissimum* fu discussa dai giuristi sotto le circostanze peculiari della Francia cinquecentesca. Dumoulin, per esempio, sottolineò che il *Liber feudorum*, in quanto accozzaglia delle costituzioni imperiali false e delle consuetudini straniere fabbricate dalle mani di *quidam Obertus*, non meritasse nessuna autorità³²⁹. Ma Cujas non è dello stesso avviso. Per lui, questo diritto può

³²⁸ La ricerca storica di Baldo consiste in due domande acute: se la compilazione obertina è autentica e generale ("Collatio decima feudorum: an sit censenda autentica"); qual è l'origine del feudo e come si definisce questo istituto mai visto nel diritto romano. Per la prima domanda, la risposta di Baldo è affermativa. Chi sostenga che questa *collatio feudorum* non sia autentica è veramente temerario, poiché questo libro fu tradizionalmente ricevuto dai glossatori, al quale tante 'utilissimas summas' hanno contribuito. Inoltre, i *nonnullae decretales* e *leges imperiales* contenuti rafforzano l'autorità del *Liber feudorum* (Baldo degli Ubaldi, *Opus aureum super feudis*, 1522, fol. 3r). Per quanto riguarda la seconda domanda, Baldo spiegò che il termine feudo derivasse da *fidelitas*, per la quale si è formato il rapporto feudale tra il *dominus* e il *vassallus* (Baldo, *Opus aureum super feudis*, op. cit., fol. 3r).

³²⁹ Charles Dumoulin, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, in Caroli Molinaei... *Opera quae extant omnia*, Parisiis, 1658, T. I, col. 20-21, n. 100: «Succedit famigerata illa quaestio, et institut. nostro satis necessaria, utrum liber ille feudorum habeat vim et auctoritatem legis, quod vulgo dicunt, an sit authenticus. Et omnissis somniis fere omnium hac in re scribentium, quod ille liber sit decima collatio, quasi ab aliquo imperatore fuerit approbatus, et novem Novellarum Iustiniani collationibus ad decimam complendam annexus, quod ridiculum, et ad placitum confictum puto..... Quantum ad primam partem subdivisionis, in hac sum sententia contra omnes, quod ille liber seu eius scriptura, non habet per se vim legis, nec consuetudinis, nec potest denominari lex, vel consuetudo, quia constat quod fuit compilatus et compositus per Obertum de horto, qui erat advocatus seu pragmaticus in curia Mediolanensi... Hic autem Obertus fuit mere privatus: nulla auctoritate publica, seu principis, seu populi fungens: sed sui ipsius tantum privata opera: et sic fuit, et est scriptura privata, et nullius auctoritatis..... Tum ut patet per discursum illius libri, illae consuetudines erant locales, et multum variae... Et quod fortius est, nedum erat diversitas usus inter diversas curias, vel civitates, sed etiam in eadem curia, incertitudo consuetudinis et diversorum signalium super ea opiniones, et circa hoc quandoque solum refert plurium varias opiniones, nullum aperte approbando vel reprobando..... Certum est autem, quod ille Obertus non habebat potestatem decernendi, qualis penes quamque curiam, vel locum esset consuetudo, nec suam opinionem aut aliorum aliis praeponendi, nec quorundam responsis vel iudicatis vim juris vel consuetudinis conferre, nec aequitatem insuctam, vel inscriptam rigori assueto, vel scripto praeferre..... Et sic tanquam opinio vel scriptura unius privati, nullius est auctoritatis, nec meretur nuncupari consuetudo, sed opinio et testificatio cuiusdam Oberti de consuetudinibus et legibus imperialibus super feudis». Leggendo questo passo, non possiamo non essere d'accordo con l'opinione di Paolo Grossi, che dice «È questo un atteggiamento di estremo rilievo: il 'bartolista' Dumoulin non esita a dissacrare una fonte che il trascorrere dei secoli aveva ammantato di autorevolezza, che generazioni di Maestri si erano premurati di chiosare dalla cattedra e che ogni causidico aveva maneggiato con rispetto e profitto nella quotidiana prassi forense; e lo fa con quella violenza verbale che è un tratto distintivo del costume umanistico nei giudizi verso il recente passato. Sotto questo profilo Dumoulin si inserisce perfettamente nella revisione e storicizzazione delle fonti feudali portata avanti da parecchi dei giuristi culti... Il suo macrocosmo

essere usato dai francesi, purché non contraddica le leggi e le consuetudini francesi.

di giurista è il Regno di Francia, e il suo *ius commune* è il complesso delle *coutumes* vigenti in quel territorio», cfr. Paolo Grossi, *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica - La definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas*, in «Quaderni Fiorentini», XIX (1990), p. 189.

B. Lavoro critico: *Non est duplex dominium*

Risolta la domanda relativa al valore semantico e all'origine del *feudum*, Cujas si propone di ricercarne la natura. Lo stesso nodo problematico che i feudisti avevano cercato di sciogliere continua ancora a preoccupare il giurista tolosano. Cosa è il diritto posseduto dal concessionario del *feudum*? È solo usufrutto, o come dichiarava quasi unanimemente la dottrina medievale, è proprio il *dominium utile*?

Insistendo sul termine usato nel *Liber feudorum*³³⁰, Cujas sostenne che il feudatario non avesse altro che l'usufrutto. Egli disse:

Sed, ut alias etiam differentias inter clientes et vasallos exequamur, clientes praedia sua pleno jure possident, vasalli praedia feudalibus usufructibus tantum jure perpetui vel temporarii, proprietates est dominorum a quibus praedia acceperunt beneficii jure: usufructum dicimus cum Oberto lib.3. quod interpretes utile dominium vocant, propterea quod vasallus rei in feudum datae utilem non directam vindicationem habet, ut inf.2. tit.8. §.1. quae tamen ratio utile dominium non inducit, et verior est Conradi sententia lib.4. tit. de alie. pat. feudi: nullum esse utile dominium³³¹.

Non sfuggì a Cujas l'agevole utilizzo della nozione di *dominium utilis* nella prassi giuridica. Ancora una volta, il giurista umanista cercò di ricorrere allo strumento storico:

.....igitur praetoria est utilis: et omnibus omnino conditionibus censetur quibus superior. Eadem actio potest accommodari illis, qui libellario contractu, vel per precariam fundum colendum acceperunt; nam et hi aliqua ratione similes proprietariis, de quibus Cujas lib. I. Feud. tit. 3. Et lib. 4. Obf. c. 7. multo magis etiam clientibus beneficiariis, qui vulgo vassalli dicuntur; nam et hi fundorum, quos feudi seu beneficii nomine tenent, aliqua ratione dominium utile habent³³².

³³⁰ *Liber feudorum*, lib. II, tit. 23: '...est beneficium illud, quod ex benevolentia alicuius ita datur, ut proprietate quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remanente usufructus illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque suos masculos sive feminas, si de his nominatim dictum sit, in perpetuum pertineat, ob hoc, ut ille et sui heredes fideliter domino serviant, sive servitium illud nominatim, quale esse debeat, sit expressum sive indeterminatum sit promissum'.

³³¹ Jacobi Cujacii *De feudis libri quinque*, cit., t. II, p. 1065.

³³² Jacobi Cuiacii *Paratitula in Libros L. Digestorum*, in *Opera omnia*, cit., t. I, p. 650-651.

La teorica del *dominium utilis* si crea per ‘*aliqua ratione*’, cioè per le esigenze di adattare il testo romano (in questo caso si riferisce all’*actio praetoria/utilis*) alle variegate situazioni reali emerse dalla realtà fondiaria altomedievale. Però, Cujas negò definitivamente l’uso del *dominium utile* nella *scientia iuris* e lanciò le critiche più acerbe:

Ne dixeris parere utile dominium: nam utile dominium nullum est, ut interpres Feudorum docuit recte, ut et videtur quodammodo hic Accur. probare: non est duplex dominium, quod nihil aliud est quam jus proprietatis, vel plenius: dominium est potestas et jus quo quis rem suam esse propriam asserit, vel defendit jure civili, vel jure gentium: plerosque tuetur Praetor quasi dominos, sed hos nulla domini appellatione insignire possis, nec directi, nec utilis. Et praeterea agri qui locatione simplici dantur colendi, non dicuntur vectigales agri, licet annuam mercedem domino pensitent, sicut emphyteut, ut nihil pene distent ab emphyteuticariis, nisi quod superficiario jus est in superficie tantum, et emphyteuticario in universo praedio³³³.

‘*Non est duplex dominium, quod nihil aliud est quam jus proprietatis, vel plenius*’. Questo giudizio, a nostro parere, è sorprendente. L’autore rivelò così il suo atteggiamento puramente negativo senza riserve per ricostruire il nuovo schema del *feudum*. Infatti, in questo giudizio, il punto di riferimento si presenta più teorico e ideologico che pratico, meravigliosamente distaccato dalle esigenze attuali del tempo. Come ben mette a fuoco Paolo Grossi, «la recezione letterale presso Cujas della definizione obertina di feudo ha un valore non conoscitivo, ma scopertamente ideologico: la costruzione tecnica offerta dal tolosano non è la sua verità... bensì la sua pseudo-verità... da cui l’interpretazione di Cujas, che è essa stessa una battaglia; è infatti non una interpretazione della realtà, ma contro la realtà... meglio ancora, ideologica, perché si fa passare per lettura obbiettiva la guerra personale e particolare dello scrittore contro la realtà»³³⁴. Il maestro tolosano ci insegna che il *dominium utile* è da respingere non solo perché esso distorce le originarie fonti romane e crea una

³³³ Jacobi Cujacii *Recitationes Solemnnes ad tit.III. Si ager vectigal. id est emphyteuticarius petatur*, in *Opera omnia*, cit., t. VII, p. 369.

³³⁴ Cfr. Paolo Grossi, *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica*, cit., pp. 203-204.

chimera *ex nihilo*, ma anche perché esso viola il principio fondamentale giuridico così da oltrepassare il confine sancito dai giureconsulti classici (*nullum esse utile dominium*), creando così una confusione di tipo concettuale. La riduzione del diritto feudale all'usufrutto (ossia la servitù personale) dimostra un'impostazione concepita strettamente sull'indagine storica e filologica a favore del principio del diritto romano classico, a prescindere dalle situazioni fondiari attuali, destinata a capovolgere e rompere la tradizione dottrinale a partire dai primi commentatori del *Liber feudorum*.

C. Lavoro costruttivo: il *dominium* concepito da Cujas

Il passo sopra citato non è solo critico, ma anche costruttivo. Il giurista tolosano ci offre pure la sua definizione di *dominium*: «est potestas et jus quo quis rem suam esse propriam asserit, vel defendit jure civili, vel jure gentium». Questa definizione si concentra sulla disposizione volitiva dell'agente-proprietario, enfatizzando la sua *potestas* ed il suo *ius* sulla cosa. Nella riflessione di Cujas, la proprietà, in quanto l'entità unitaria e inseparabile, s'identifica con il *dominium plenus* e rappresenta unicamente il rapporto più assoluto e più completo dell'appartenenza tra la cosa e il soggetto, così da rifiutare qualsiasi divisione o usurpazione del termine («plerosque tuetur Praetor quasi dominos, sed hos nulla dominii appellatione insignire possis, nec directi, nec utilis»). In un altro passo, Cujas mise in luce in maniera netta e esauriente la problematica del *dominium*:

Vulgo dominium definitur hoc modo, dominium est jus de re corporali perfecte disponendi, aut vindicandi, nisi quid lex, aut conventio prohibeat. Jus dicitur, id est, facultas, vel potestas. Mentio sit rei corporalis, quia rerum incorporalium proprie dominium non est, et ideo nec traditionem recipere dicuntur... et hae tamen aliqua ratione possunt vendi, et distrahi, quemadmodum solent hereditas, actio, servitutes rusticorum vel urbanorum praediorum, et cetera eiusmodi, in quibus patientia pro traditione est... Adjicitur (perfecte disponendi, aut vindicandi) quibus verbis duo praecipui effectus dominii designantur. Primus est ut unusquisque rei suae sit moderator, et arbiter, l.in re, C.mand. id est, ut eam possit vendere, alienare, pignori dare, donare, testamento relinquere, et quacumque ratione illam a se dimittere. Secundus est, ut si quo casu rem nostram amiserimus, et sine consensu nostro ad alium sit translata, eam possimus repetere, et quasi manu injecta vindicare. Postrema definitionis verba sunt (nisi quid lex, aut conventio prohibeat) quibus excluduntur eae personae, quae licet rerum suarum dominium habeant, liberam tamen earum non habent administrationem, lege id prohibente; quales sunt pupilli, minores viginti quinque annis cum curatores habent, furiosi, prodigi, ii quibus bonis est interdictum, et alii eiusmodi, qui liberos contractus habere legibus prohibentur. Demum verbum (conventionis) eos designat, qui res suas pignori dederunt, vel locaverunt, qui licet rerum suarum domini sint, tamen res distrahere cum effectum non possunt, dum adhuc vinculum pignoris durat, aut nondum tempus locationis praeterierit: quasi eiusmodi praecedens conventio eos prohibeat res eas

pignori datas aut locates in praejudicium conductoris vindicare, aut alii cuicumque concedere, ne vel exceptione doli mali repellantur, vel de re, puta conventionis fide, postmodum conveniantur³³⁵.

Il discorso di Cujas procede sostanzialmente sul solco di Bartolo. Il *dominium* è considerato come *facultas* o *potestas* volta solo alle *res corporales*. Al contrario, le *res incorporales* non riescono a compiere la *traditio* e quindi non possono animare un *dominium proprie*. Il contenuto del *dominium* consiste in due elementi particolari (*duo praecipui effectus dominii*): l'amministrazione e l'uso quasi illimitato della cosa (il proprietario, in quanto amministratore e arbitro dei suoi beni, possa usare (*uti*) e abusare (*abuti*) della cosa a suo piacimento fino al punto che la rende inutile o la getta per qualsiasi ragione); il diritto di rivenderla da colui che l'abbia presa senza il consenso del proprietario. La congiunzione dei due elementi fanno insieme il *dominium*, così come Ulrich Zasius l'aveva già concepito all'inizio del secolo³³⁶. Ma Cujas va più lontano di Zasius. Se quest'ultimo non poté tagliare il cordone ombelicale con la tradizione dottrinale medievale e cercò di conciliare la concezione dominativa sempre più individualistica e volontaristica con la scandalosa teorica del *dominium utile*³³⁷, Cujas osò demolire il suo fondamento storico e ricostruire la concezione del

³³⁵ Jaboci Cuiacii *Paratitla in libros L. Digestorum*, liber XLI, tit. I, *de acquirendo rerum dominio*, in *Opera omnia*, cit., t. I, p. 732.

³³⁶ Come Cujas, Zasius ha proposto la sua definizione dominativa *nel commentare la legge I. Si quis vi del titolo De acquirenda vel amittenda possessione* del Digesto (D. 41,2,17). Praticamente egli distinse un *dominium strictus* ('*dominium strictius quod tantummodo attendit rem corporalem*') da quello *generalissime*. Quest'ultimo lo definisce Zasius '*ius de re corporali libere disponendi, nisi lex prohibeat*'. Per precisare il contenuto di '*libere disponendi*', il giurista tedesco scrive: «quod autem diximus 'libere disponendi' facit I. In re mandata. C. mandati, l. Nemo C. de iudaeis, ubi dicitur quemlibet esse arbitrum in re propria sicut velit. Quilibet potest uti et abuti re sua sicut ei placet. Hoc est quod dicitur 'libere disponendi'». Cfr. P. Grossi, '*Gradus in dominio*' (Zasius e la teorica del dominio diviso), in «Quaderni Fiorentini», XIV (1985), p. 377.

³³⁷ La strategia di Zasius è introdurre i *gradus in dominio* per sostituire il dominio diviso: 'id quod diximus in possessione, etiam procedere in dominio, quia plures non possunt esse domini in solidum unius rei. Est contrarium naturae esse duos dominos in solidum unius rei, uno tempore, uno respectu, quia quod meum est, non est tuum. L. Pomponius, supra, de probationibus, et habetis bonum textum in I. Si ut certo § Si duobus vehiculum, ubi pulchre philosophatur iurisconsultus, supra, Commodati... Haec doctrina non procedit, si sint gradus in dominio, si alterum dominium sit generalius altero. Nam sic Comes est dominus generalis territorii sui, nihilominus particulares personae in Comitatu habent dominia rerum suarum. Imperator est dominus mundi... et tamen multa sunt specialia dominia in mundo. Sic etiam in emphyteota, in vasallo: is habet dominium utile, *das minder eygenthumb*, et domini emphyteosium vel feudorum habent dominium directum...' (il passo è estratto da Paolo Grossi, '*Gradus in dominio*' (Zasius e la teorica del dominio diviso), cit., p. 393, n. 55); "cum in feudo et emphyteosi, hublehen, dominus habeat dominium directum, at vasallus et emphyteota, der lehenmann und der huber, dominium utile, *das minder eygenthumb*, ita quod huiusmodi dominia tanquam subalternata et subordinata, eins under dem anderen, dem hohern dominio bringt das minder eygenthumb kein schaden. da sind zweyen herren des eygenthumbs aber mit einer ordnung, apud duos in solidum consistant sine concursu, sine collisione et repugnantia, ist kein widerspan da..." (Paolo Grossi, '*Gradus in dominio*', cit., p. 393, n. 56). L'uso frequente dei termini tedeschi forensi (cioè volgari) ci ricorda che Zasius fosse sempre consapevole delle tendenze notevoli nella prassi giuridica tedesca, senza che si appagasse di una ricerca elegante ma superficiale e restasse cieco alla svolta incandescente

dominium corrispondente all'idea umanistica, che non guardava più all'utilità, né all'effetto della *res*, ma piuttosto all'amministrazione libera della volontà del soggetto. La sua costruzione rispetta pienamente lo spirito del diritto romano e difende decisamente l'esclusività del *dominium*, facendo del proprietario l'unico *dominus* rispetto ai diversi concessionari.

Conseguentemente, in ogni atto concessionario il proprietario non concede che l'usufrutto³³⁸, come se il feudo fosse il suo allodio³³⁹. Leggendo il testo romano con diversa preparazione culturale, Cujas arrivò alla conclusione contraria alla dottrina medievale e contribuì a ricostruire il *dominium* indivisibile e esclusivo che appartiene soltanto al proprietario.

cinquecentesca nel campo del diritto. Inoltre, dall'*abuti* usata nella definizione di Zasio, Grossi ha notato qualcosa di più: 'l'*abuti* di Zasius... è diventato sinonimo di libertà, di una disposizione tanto libera del bene, da non trovare limiti interni se non nello *iussum voluntatis* del proprietario... dall'esterno, l'intervento autoritario della legge... All'*abuti* è affidato il segreto della nuova potenzialità. È l'*abuti* che campeggia al centro del *dominium* e denuncia una costruzione fondata più sul soggetto che sulla cosa, edificata più partendo da quello che da questa'. Cfr. P. Grossi, *Gradus in dominio*, cit., pp. 379-380.

³³⁸ Jacobus Cujacius, *De feudis libri V et in eos Commentarii*, in *Opera omnia*, Paris, 1658, t. II/2, col. 622: «...nam proprietatem retinet qui dat, aut igitur nihil, aut usufructum dat et cedit. Utile dominium nullum est».

³³⁹ Jacobus Cujacius, *ivi*, col. 672: «Feudi enim proprietates non pertinent ad vassallum, sed ad superiorem dominum, cui quod est alodium, id vassallo vassallive vassallo est feudum».

§ 3. Conclusione

Cujas, il pioniere della corrente storicista dell'umanesimo giuridico francese, prese in considerazione più il modello ideale del *dominium* che la realtà del suo tempo. Si tratta dunque di una svolta concettuale che s'ispira al ruolo centrale del proprietario nel rapporto tra la persona e la cosa. Per rimodellare e forgiare il nuovo schema del *dominium*, è necessario seppellire la teorica del *dominium utile*, che fa salva l'autonomia concettuale dell'elemento materiale entro il *dominium*, ossia l'utilità economica della cosa, in modo da portare a un *dominium* di per sé, distaccato dalla proprietà superiore del concedente del fondo. Il giurista tolosano si rese conto del fatto che un tale patrimonio dottrinale medievale fosse inadeguato, anzi nocivo alla nuova idea. Per questo, la sua lettura ricercava il valore normativo originario del testo romano, senza tenere conto delle esigenze di una sua attualizzazione alla vita socio-giuridica. Rispetto a Alciato, Cujas si presentò assai più riformatore e militante.

Sezione IV. La sistematica dominativa di François Hotman

§ 1. *Dominium finitum e infinitum*

Non è un caso che François Hotman, l'autore del trattato iconoclastico *Antitribonian*, visse in un'epoca caratterizzata dalle svolte più turbolente. Il giurista protestante ha vissuto in prima persona le vicende più grandi sulla scena politica, religiosa e culturale europea, che avevano definitivamente segnato il cambiamento radicale rispetto alla tradizione romanistica medievale³⁴⁰. Umanista, calvinista, giurista e difensore tenace del privilegio del re francese; proprio questa identità culturalmente polivalente permette a Hotman di calare fino alle pieghe più nascoste delle fonti del diritto romano con la presa di posizione in favore del diritto nazionale francese. Rispetto a Zasius, Hotman si atteggiava da giurista assai più propenso all'indirizzo umanistico e meno collegato con il patrimonio medievale. Soprattutto Hotman è ricordato per la sua critica virulenta nei confronti della Compilazione realizzata da Triboniano e da Giustiniano, accusati di corrompere la parte migliore della giurisprudenza classica e di inserire numerose incertezze, antinomie e confusioni³⁴¹.

³⁴⁰ Se è vero che la Francia dove Hotman dimorò fosse da tanto tempo scissa dai conflitti religiosi, lacerata dalle guerre continue e feroci, è pure vero che nella stessa Francia cominciarono a affiorare i nuovi approcci che intendevano in ogni maniera tagliare la connessione con la cultura intermedia per abbracciare una prospettiva più elevata, elegante e evocativa verso la civiltà classica. Si può a ragione parlare di un tempo di 'rivoluzione', di 'svolta', un tempo in corso di ridimensionarsi e adattarsi alle esigenze più emergenti dalla società. Comunque, «It was into such a world—a world of intellectual revival and religious reform, of moral revulsion and (at least potentially) social revolution—that François Hotman was born» (Donald Kelley, *François Hotman. A revolutionary's Ordeal*, Princeton University Press, Princeton, 1973, p. 10).

³⁴¹ François Hotman, *Antitribonian ou Discours d'un grand et renommé iurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix*, 1603, Paris, présenté par Henri Duranton, p. 86: «...que pourroit-on penser d'une si haute et difficile entreprinse, faite par un tel homme en tems si malheureux, en si grand nombre de livres, en si grande et horrible confusion de loix, conduite par gens de telle qualité, et en si peu de tems?»; p. 88: «...Tribonian se vantant de nous avoir laissé les expositions des iurisconsultes, toutesfois il a supprimé et aboli tous les livres de ces grans et notables iurisconsultes anciens, qui furent vrayement Romains, et qui avoient esté en haut degré d'honneur et autorité... Au lieu desquels Tribonian nous a baillé les livres et traictez de ces estrangers, venus de lointain pays en la ville de Rome pour y apprendre la langue...»; pp. 92-93: «Or en tout ce ramas il ne nous a laissé aucun traité ou discours entier, ains seulement des propos rompus, inutiles et recueillis par ci par là, maintenant de l'un tantost de l'autre, sans aucune liaison et fil continuel de dispute... Tellement que rapetassant ce corps de tant de pieces, il semble avoir voulu faire, comme si un tonnelier, qui auroit deuant soy un grand nombre de tonneaux, cuiviers et poinssons, et apres les avoir desliez, prenoit quelques douves de plusieurs pieces diverses et differentes, et en relloit un vaisseau de nouvelle façon». Le simili accuse si trovano nell'*Antitribonian* tanto numerose quanto acerbe.

Per quanto riguarda la problematica che ci preme, ovvero la qualificazione del dominio utile e la nozione sostanziale del *dominium*, nelle opere di Hotman troviamo lo stesso atteggiamento nettamente rivoluzionario e incisivamente critico rispetto alla dottrina tramandata dai Dottori del diritto comune. Con il suo ragionamento rigorosamente basato sulla conoscenza ampia e penetrante della storia, Hotman contestò le tesi autorevoli ma tradizionali. Anzi, il suo ingegno aguzzo non si limitò solo ai commenti medievali delle fonti romane, ma comprende anche il diritto feudale e il diritto nazionale francese. Tra le opere giuridiche di Hotman in tema di diritto feudale, i passi riguardanti la problematica del dominio utile sono sparsi nella sua epitome del Digesto³⁴², il *Commentarius* ai termini giuridici³⁴³, la *Commentatio tripertita de feudis*³⁴⁴ e via dicendo. Sarebbe difficile ricostruire un discorso completo e coerente in base ai materiali così sparsi, perciò scegliamo i passi più significativi per mettere in luce la problematica.

Per comodità espositiva, iniziamo dalla definizione del dominio elaborata dal giurista francese. Nelle mani di Hotman, proprio, lo strumento di *definitio* costituisce un'armatura efficacissima a mettere in rilievo la sostanza dei termini giuridici e precisarne i contorni concettuali. Il giurista, nel dare la definizione, riesce a rivelare i tratti più caratteristici con poche ma chiare parole, facendo sì che i lettori potessero comprenderla in maniera più rapida e agevole:

Nam sicuti dominium rei est plena potestas de ea arbitrio suo disponendi: ita vicissim plena potestas de re quapiam disponendi, est plenum dominium³⁴⁵.

Con questa definizione Hotman tentò di elaborare un dominio idealmente pieno e perfetto basato sulla *potestas disponendi*. Si tratta dunque di una potestà volitiva (*arbitrio suo*) insistente sulla cosa, che attecchia estrinsecamente la disposizione e

³⁴² F. Hotmani, *Epitomatorum in Pandectas libri XII*, in Francisci Hotmani *Operum*, Lugduni, 1599-1600, t. I.

³⁴³ Francisci Hotmani, *Commentarius verborum iuris*, in *Operum*, cit., tomus I.

³⁴⁴ Franc. Hotmani *De feudis commentatio tripertita, hoc est disputatio de jure feudali; Commentarius in usus feudorum; Dictionarium verborum feudalium*, Lugduni, apud Iohannem Lertium, 1573

³⁴⁵ Hotman, *Consilia, tum in civilibus, tum in criminalibus*, *Consilium CXII, utrum legato uxori relicto cum potestate de eo disponendi, merus ususfructus an vero solida proprietas relicta videatur*, n. 16, in *Operum*, cit., t. II.

l'amministrazione assoluta (*disponendi*) da parte del soggetto, del *dominus*. Il titolare di un tale diritto, scrive Hotman, deve essere pieno, giusto, certo e libero³⁴⁶. Gli aggettivi enfatici che qualificano il sostantivo *dominus* rappresentano l'intenzione del Nostro di elevare la situazione del proprietario al piano superiore e esclusivo. L'influenza della definizione bartoliana è senza dubbio evidente, ma quella data da Hotman, è più ampia che quella bartoliana, poiché Hotman evitò di parlare in generale della limitazione imposta dalla legge sul dominio. Una definizione così perentoria, tuttavia, non esaurisce il pensiero totale di Hotman. Nella sua diagnosi il dominio rappresenta soltanto uno schema ideale. All'interno dello schema, infatti, esistono ancora delle entità diverse:

Dominium quidem iure civili duplex est. Aliud infinitum, quod est ius utendi atque abutendi re quapiam, hoc est dissipandi, disperdendi, dilapidandi suo arbitrato... Aliud finitum, quod est ius certis legibus, interdum etiam ita angustis finibus circumscriptum, ut propemodum inane ac nudum esse videtur: veluti, cum heres fiduciarius alienandi ius non habet... vel cum maritus rem dotalem cuius dominus est, alienare non potest... vel pupillus vel adolescens sine tutoris aut curatoris auctoritate: aut tutor vel curator sine decreto³⁴⁷.

Se la concordanza si fa così specifica, il tessuto unitario del *dominium*, in quanto *genus*, è diviso in due *species*: l'una infinita e l'altra finita. Il contenuto della prima corrisponde alla definizione dominativa sopra elencata, che consiste nell'uso e nell'abuso della cosa sotto il profilo della volontà dell'agente-soggetto (*hoc est dissipandi, disperdendi, dilapidandi suo arbitrato*). Si potrebbe dunque parlare di un dominio senza limite, né freno, a tal punto che l'amministrazione e la disposizione possano essere attuate in modo contraddittorio alla natura della cosa; ma esiste anche un altro dominio, che è presupposto e limitato sia dalla legge, sia dalle situazioni giuridiche specifiche (*angustis finibus*). Rispetto al dominio infinito, quello finito si presenta così soppresso e delimitato, che sembra quasi superfluo (*propemodum inane*

³⁴⁶ Hotman, *ivi*, n. 15: «quandoquidem libera facultas alienandi, et pro arbitrio suo disponendi certissima nota et proprietas est pleni, iusti, certi, ac liberi dominii l.statuas,7. C.de religios. Quod etiam dominii definitio declarat, quae cum suo definito convertitur».

³⁴⁷ Hotman, *Disputatio de feudis*, in *Operum*, cit., t. II, cap. XXX, col. 874, lettere D ed E.

ac nudum esse videtur), nel senso che una tale situazione giuridica si prospetta inutile e non significativa in relazione all'utilità, quindi non è in grado di riservare per sé nulla se non il titolo formale del *dominium*. Quando al fiduciario, marito, pupillo e agli altri soggetti è impedito di esercitare la disposizione effettiva sulla cosa per divieto di legge, essi vanno di conseguenza esclusi dal territorio del '*dominium infinitum*' e rientrano immediatamente nella sfera del '*dominus finitus*', poiché perdono ormai il potere di disporre della cosa nella maniera più libera e assoluta. A nostro parere, la distinzione proposta da Hotman non era separata nettamente dalla definitiva tradizione bartolista, che insiste sui limiti imposti sul dominio dalla legge. Il giurista francese intese animare una *species* indipendente, di cui si servì per rompere l'immagine di un dominio tanto vasto e potente. Una tale *species* gli consente di mettere la situazione giuridica, difficile da categorizzare, nella categoria del *dominium finitum*. Hotman, tuttavia, non si fermò qui, ma approfondì la problematica e fece un'ulteriore distinzione come dimostra il passo seguente:

Rursus istius finiti dominii video duas species a scholasticis doctoribus constitutas: ut aliud sit directum, aliud utile. Illud, cuius nomine directa; hoc, cuius nomine utilis actio concedebatur. Quae distinctio etsi nominatim a veteribus iurisconsultis non usurpatur, tamen ab illorum consuetudine in nomen concisionibus non abhorret³⁴⁸.

Hotman considerò il dominio diretto e quello utile come due *species* appartenenti allo stesso dominio finito; poi, indicò con molta precisione che la distinzione dei due *dominia* fosse la produzione delle attività scientifiche degli interpreti medievali (*a scholasticis doctoribus constitutas*), anziché un concetto già esistente nelle fonti romane. Ma il suo atteggiamento verso la teorica del doppio dominio è assai più modesto di quello tenuto dai suoi 'colleghe' umanisti, quali Cujas e Doneau. La conoscenza della storia e della filologia consente a Hotman di non farsi assordare dal coro dottrinale secolare per toccare la piega più nascosta dell'istituto: è una creatura, Hotman indicò limpidamente, plasmata dai *doctores* del diritto comune

³⁴⁸ Hotman, *Disputatio de feudis*, in *Operum*, cit., t. II, cap. XXX, *de reali feudorum iure*, col. 874.

sull'esempio della distinzione fra l'*actio directa* e l'*actio utilis*³⁴⁹, nonostante la denominazione del dominio utile non fosse mai reperibile nella Compilazione giustiniana, né adoperata dai grandi giureconsulti classici.

Apparentemente, l'opinione di Hotman non è affatto nuova. Una simile tesi fu accolta quasi unanimemente dal ceto dei giuristi appartenenti alla corrente umanista. Però, per Hotman, tutto ciò non implica che l'affermarsi della nuova teorica non travolge la *consuetudo* dei giuristi medievali. Come si è visto, Hotman è così aperto alla distinzione medievale dei due *dominia* da assorbirla nella sua sistematica del diritto reale in quanto una specie del dominio finito. Secondo l'osservazione di Paolo Grossi, «la giustificazione da sistematica si fa esegetica, e serpeggia una implicita accusa di nominalismo per i troppo culti colleghi che si sono stracciati le vesti a causa del dominio utile». Per Hotman, «i Glossatori, formalizzando l'invenzione del

³⁴⁹ Nella dissertazione di François Hotman spicca una coscienza nettamente storicizzante, diretta a inquadrare l'origine e la funzione delle *actiones utiles* in un ambito storicamente accettabile e comprensibile. Se presso i *doctores* medievali, il procedimento logico dall'*actio* allo *ius* risultava così naturale che si poteva anche dire di un *dominium utile*, denominato dall'*actio utilis* che garantisse il diritto, Hotman, tuttavia, cercò di limitare l'applicazione abusiva dell'*actio utilis* per tagliare la connessione tra l'*actio* e il *dominium*. Un tale tentativo è perseguito a partire dal punto di vista storico, nel senso che Hotman non volle altro che chiarirne il valore storico e rilevarne la vera fisionomia all'infuori dall'opinione consueta della giurisprudenza medievale: «Eas autem sic definimus: utiles actiones sunt, quae directis deficientibus, utilitate suadente, ad causam aliquam proximam sic adcommodantur, ut non notis aut compendiosa aliqua formula, sed verbis plene perscriptis factum..... Qua de causam modo utiles, modo in factum, modo fictitiae adpellantur» (Hotman, *Institutionum seu elementorum Domini Iustiniani*, liber III, tit. XV, in *Operum*, cit., t. II, col. 687b). Fatta la definizione, Hotman poi tenne conto dell'opposizione tra l'*actio directa* e quella *utilis*, e tentò di marcare il confine e l'ambito inconfondibili tra di loro: «Nam directae sunt quae ex ea causam propter quam institutae sunt, usurpantur. Utiles, quae ad aliam consimilem adcommodantur: utilitatis nimirum et aequitatis causam... Quare, cum hic heres non sit, aequitas tamen in pari causam pares actiones desideret, merito eadem illi formulae conceduntur». Anzi, Hotman indicò, «directa est civilis, utilis est praetoria. Directa, sollemnis est formula, antiquitus a Iuriscons. ius civile constituentibus composita, et in albo Praetoris proposita. Utilis est, quae in illius deficientis locum utilitate suadente a Praetore adcommodatur». Con poche ma precise parole, Hotman mise a confronto le due *actiones* e fece rimbalzare le differenze sostanziali: *directa*, cioè *civilis*, cioè *antiquitus*, cioè *verbale*; mentre *utilis*, invece, è *praetoria*, flessibile, fattuale e variabile.

Da ciò si potrebbe facilmente conseguire che Hotman non esitasse a spiegare perché l'*actio utilis* sia concessa dal pretore come *utilitas*, *aequitas*, *facilitas* e *benignitas* (Hotman, *Disputatio seu coniectura de perscriptis verbis*, 12, in *Operum*, cit., t. I, col. 656: «Utiles autem propterea illae actiones adpellantur, quod eas utilitas publica flagitet...quod eas aequitatis ratio suadeat...quae, ut dixi, praetori eiusque consilio probanda est. Et eandem ob causam dicitur praetor, cum hanc actionem concedit, actori succurrere: quippe a iure civili destituto... Itemque actionem adcommodare: quasi non directum et summum ius, sed facilitatem et benignitatem sequatur...ac pari ratione dicebantur actionem indulgere»). Tutto ciò rispecchia la considerazione sia realistica sia equitativa da parte del *praetor* nel risolvere le controversie non previste dalle *leges*. È ovvio che nel concedere una tale *actio* il pretore badi in particolare all'esigenza di facilitare il processo giuridico e di applicare l'*aequitas* ai nuovi casi difficili da categorizzare.

L'argomentazione e l'opinione offerte da Hotman intorno alla distinzione di due azioni e la ragione di tale differenza non distano molto da quelle offerte dai giuristi medievali, quali Rogerio, Azzone, Accursio, Bartolo tra gli altri, che avevano messo in evidenza soprattutto l'*aequitas* e l'*utilitas* prese in considerazione dal pretore. Abbiamo già letto il loro ragionamento eloquente nei capitoli precedenti. Si potrà, naturalmente, chiedere se Hotman, come i maestri italiani, procedesse sul solco medievale e facesse la stessa distinzione nel campo del diritto reale. Una lettura attenta delle sue opere ci consente di rilevare l'atteggiamento di Hotman nei confronti della teorica del *dominium utile*.

dominio utile, hanno corrisposto alla esigenza—proveniente dalla prassi —di definire parecchie situazioni sostanzialmente dominative e non hanno affatto violato, come da taluno si pretende, lo spirito del diritto romano»³⁵⁰.

Di qui potremmo ricostruire il sistema dominativo voluto da Hotman. Il giurista francese, che si alimentò della cultura umanistica cinquecentesca e si schierava tra i più prestigiosi *homines noves*, insegnò che il dominio su una determinata cosa non potesse ammettere alcun tipo di divisione, poiché non è possibile che una cosa appartenga *pro parte* a qualcuno e *pro parte* a nessuno³⁵¹. Il *dominium*, per quanto riguarda la propria natura e sostanza anziché l'uso economico, deve rimanere unitario, indiviso e indivisibile. Accanto a un dominio così assoluto e completo (che viene qualificato *dominium infinitum*), esiste un dominio finito, che viene sempre limitato dalla legge o dalle circostanze giuridiche specifiche³⁵². Il dominio finito, ulteriormente, comprende le due specie, il dominio diretto e quello utile. Questa impostazione, malgrado rispecchi nettamente l'idea umanista di considerare il dominio come pieno, assoluto e unitario, segue in gran parte il modello bartoliano.

³⁵⁰ P. Grossi, *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi'*, cit., p. 241.

³⁵¹ Hotman, *Quaestionum illustrium liber*, q. XVIII, in *Operum*, cit., Tomus I, col. 898D: «Dominium rei per se individuum est, quia nulla res pro parte alicuius esse potest, pro parte nullius, l.3.D.pro derelict».

³⁵² Hotman, *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874: «dominium quidem iure civili duplex est. Aliud infinitum, quod est ius utendi atque abutendi re quapiam, hoc est dissipandi, disperdendi, dilapidandi suo arbitratu... Aliud finitum, quod est ius certis legibus, interdum etiam ita angustis finibus circumscriptum, ut propemodum inane ac nudum esse videtur».

§ 2. La confusione tra *dominium utile* e *quasi dominium*

In qualche caso concreto, Hotman si rifiutò inoltre di attribuire il titolo di *domini utiles* ai soggetti ritenuti aventi il dominio utile nella dottrina tradizionale. Secondo il nostro autore, essi vanno considerati piuttosto come *quasi domini*:

Quantum igitur ad emphyteuticarium attinet, quamvis proprie ac plene dominus agri vectigalis non sit, tamen quasi dominus est: atque adeo diserte dominus adpellatur in l.possessores, 12.C.de fund.patrim³⁵³.

Non solo l'enfiteuta, ma anche il superficiario è considerato come quasi domino³⁵⁴. Ma cosa vuol dire quasi domino? Al contrario, *vulgo loquitur*, il dominio utile è equivalente al quasi dominio³⁵⁵, cioè nella pratica, nella consuetudine fondiaria affermata nella Francia cinquecentesca, i due termini si potevano identificare, ovvero si può parlare dell'uno per riferirsi all'altro senza necessità di distinzioni. La realtà svelata da Hotman sembra sorprendente, dato che Bartolo aveva già delineato nitidamente le figure concettuali del dominio diretto, del dominio utile e del quasi dominio, così separando l'ultimo dagli altri due e attribuendogli una situazione indipendente e autonoma entro il quadro comprensivo dei *dominia*. Hotman, invece, sfumò di nuovo la differenza concettuale tracciata da Bartolo tra il dominio utile e il quasi dominio, così negando *in parte* la sistematica bartolista. Il motivo della confusione tra i due concetti, potrebbe spiegarsi da due punti di vista: da un lato, sul piano dottrinale, come si è visto, il giurista francese tenne presente la sostanza economica del dominio utile, e lo pose accanto alla *possessio* e allo *ius utendi fruendi*. In questo senso il dominio utile non si presenta diverso dal quasi dominio, poiché entrambi esprimono l'utilità, il contenuto economico della *res*. Non sarebbe

³⁵³ *Quaestionum illustrium liber, Quaestio XXIV*, in Hotmani *Operum*, cit., t. I, p. 918C.

³⁵⁴ Hotman, *Commentarius verborum iuris*, in *Operum*, cit., t. I, p. 937: «(superficiarius) Definitur qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet: l.in speciali, 73, cum l.seq.D.de rei vind. et l.damni, 18. § 2.D.de dam.infect. qua de caussa vere et proprie dominus non est, quamvis in alieno aedificarit: sed potius ut inquilinus... tametsi quasi domini utilibus actionibus adiuventur. l.1. § ulti. et l.ult.D.de superfic».

³⁵⁵ Hotman, *Observationes*, lib. III, cap. II, in *Operum*, cit., t. I, col. 105e: «Proprie autem dicebatur de praediis provincialibus, quae cum vectigalia, aut tributaria essent, relinquebatur, ut eorum proprietas ac dominium directum populi Romani maneret: possessio vero et ius utendi fruendi, utile denique dominium, (ut vulgo loquitur) sive quasi dominium, possessorum esset». Si noti il termine latino *sive*.

necessario sottolineare la diversità concettuale tra di essi se si affermasse che erano sostanzialmente due realtà identiche³⁵⁶; dall'altro lato, sul piano pratico, Hotman non poté non ascoltare la voce vivente della vita quotidiana, che insisteva ancora sulla giustificazione del dominio utile e che non poteva certo fare prevalere l'approccio storico-erudito sulle esigenze pratiche. In questo modo, Hotman realizzò un equilibrio tra i due piani.

³⁵⁶ Hotman ritenne che il dominio utile non fosse altro che uno *ius* consistente nel possesso e nell'uso della cosa a lungo tempo, assimilabile all'usufrutto: «Certum est autem, feudi dominium et proprietatem ipsius domini manere, ac solam possessionem naturalem in vassallum transferri» (Hotman, *Consilia*, cit., *Consilium XXXI, de feudo sine consensu domini oppignerato*, n. 5); «Ergo qui beneficii feudalitatis auctor est, id est, cui clientes subsunt, passim in his libris dominus appellatur: non quia dominium et proprietatem in feudis praedialibus retinebat, solum usumfructum alteri cedebat: ut vulgo creditur ex lib.2.tit. 8 et tit. 17 et tit. 31» (Hotman, *Disputatio de feudis*, cit., cap. III, col. 811 C); «Feudum definitur beneficium, quo praedii dominus usumfructum eius ea lege in perpetuum alicui concedit, ut sibi fidem et obsequium praebeat» (Hotman, *Commentarii in libros feudorum*, tit. XXIII, argumentum § 2, in *Operum*, t. II, col. 700).

Sezione V. Il *dominium utile* visto dalla prospettiva della corrente sistematica

§ 1. L'aspirazione a '*redigere ius in artem*'

Il motto '*redigere ius in arte*' deriva dal titolo di un'opera giuridica sintetica di Cicerone, che purtroppo non ci è pervenuta³⁵⁷. Se è vero che l'iniziativa ambiziosa prospettata da Cicerone nel *De oratore* non guadagnò tanto successo³⁵⁸, la stessa idea, tuttavia, attirò l'attenzione dei giuristi della prima schiera nel corso del Cinquecento e alimentò l'aspirazione programmatica di una scuola cospicua. I sistematici, come vedremo, cercavano di procedere dai concetti giuridici noti e generali agli istituti singoli e particolari, alla luce del principio razionalistico per disporre in maniera ordinata e coerente tutti i materiali giuridici e arrivare a rielaborarli in un sistema logico, completo e facile da padroneggiare sulla base del criterio della *ratio*. Dietro il progetto di *redigere in artem* il diritto civile, si può necessariamente avvertire l'apprezzamento del patrimonio culturale classico, ma esso non viene semplicemente concepito come la riscoperta di un'idea già sviluppata nella giurisprudenza romana. A nostro parere, la riesumazione dell'idea di mettere in ordine tutto il diritto implicava comunque lo sforzo cosciente degli umanisti di riproporre e di riorganizzare i materiali giuridici. Il *Corpus* giustiniano sembrava loro insufficiente e inapplicabile sia per i difetti interni alla stessa compilazione, sia per il presente apporto creativo dei *doctores* medievali³⁵⁹. Insomma, per i giuristi umanisti dall'approccio sistematico, l'esigenza di elaborare un sistema adatto all'indirizzo umanistico diventò più che mai urgente.

³⁵⁷ Aulo Gellio, *Noctes atticae*, I, 22,7; Cicerone, *De oratore*, II, 142; Bernardo Albanese, *L'ars iuris civilis nel pensiero di Cicerone*, in «Annali del dipartimento di storia del diritto della Università di Palermo», Vol. XLVII (2002), pp. 23-45.

³⁵⁸ Cicerone, *De oratore*, II, 142: «Sed haec Crassus aliquando nobis expediet et exponet discripta generatim; est enim, ne forte nescias, heri nobis ille hoc, Catule, pollicitus [se] ius civile, quod nunc diffusum et dissipatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum».

³⁵⁹ Per esempio, Alberico Gentili nei suoi Dialoghi *De iuris interpretibus* ha raccolto le invettive più frequenti degli umanisti nei confronti degli autori della *Compilazione*: «ignavus, analphavitus imperator: imperitus, ordinis expers, male de nobis meritis, stultus, ambitiosus, ignarissimum animal latinae linguae, omnium deorum contemptor, et praesertim a fide Christi abhorrens Tribonianus ille operis architectus» (Alberici Gentilis *De iuris interpretibus dialogi sex*, ed. Guido Astuti, Torino, 1937, VI, p. 193). Cfr. Domenico Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Op. cit., p. 60.

Non è un caso che, già all'inizio del secolo, Guillaume Budé, oltre a introdurre il metodo storico e filologico per prendere in considerazione criticamente le fonti giuridiche³⁶⁰, si proponesse di illustrare un progetto ispirato alla formula *redigere in artem* il diritto. Si tratta dunque di un procedimento logico di classificare delle materie civili in pochissimi *genera*, elementari e generali, e quindi in *species* variegata e speciali: «.....ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpaucas sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra disperiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam quidem artem iuris civilis habit magis magnam atque uberem quam difficilem atque obscuram»³⁶¹. Insoddisfatto della mancanza dell'ordine negli scritti giuridici del diritto comune classico, Budé, il grande filologo e magistrato, indicò la strada da imboccare a tutti i giuristi successivi, perché essi cercassero di emanciparsi dalla confusione e abbracciassero una prospettiva più ordinata e razionale. Il *grammaticus* parigino, per esempio, fece riferimento straordinariamente ai trattati sull'architettura di Vitruvio e di Leon Battista Alberti al fine di illustrare che l'armonia e la logica erano estremamente importanti sia per l'architettura che per la giurisprudenza³⁶². Ad imitazione dell'architettura, la *scientia iuris* è vista come un'arte in grado di mettere in ordine tutti i materiali da ricostruire, orientata dalla *ratio*. Si tratta appunto della '*concinnitas*' confluita dalle altre discipline, quali letteratura, filosofia, matematica, architettura e via dicendo, «un'immagine universalistica della cultura»³⁶³, che rivela l'inclinazione enciclopedica di Budé e degli altri umanisti.

Ars è un termine polivalente nella giurisprudenza tradizionale. Nel pensiero dei

³⁶⁰ Vincenzo Piano Mortari, *Il Cinquecento francese*, p. 198: «... i suoi propositi scientifici in tal senso sono stati sottolineati a tal punto da far ritenere che da lui la conoscenza del diritto sia stata in sostanza concepita come analisi critica dei testi delle fonti, ricerca tesa alla ricostruzione di un'esperienza storicamente conclusa, dato che l'oggetto era il diritto romano, il fenomeno che allora si cominciò a ricondurre nella sua individualità, nelle sue dimensioni di prodotto umano sorto in altri tempi, in altri luoghi, in situazioni storiche precise».

³⁶¹ Budaeus, *Annotationes priores et posteriores in Pandectas*, ex lege prima, *de iustitia et iure* (D. 1,1,1), Lugduni, apud Antonium Vincentium, 1561.

³⁶² Budaeus, *Annotationes in Pandectas*, cit., p. 177. Per quanto riguarda la riflessione sul diritto di Leon Battista Alberti, si veda: Giovanni Rossi, *Alberti e la scienza giuridica quattrocentesca: Il ripudio di un paradigma culturale*, in «Alberti e la cultura del Quattrocento. Atti del Convegno internazionale» (Firenze, 16-17-18 dicembre 2004), a cura di R. Cardini e M. Regoliosi, Firenze, Edizioni Polistampa, 2007 (Edizione Nazionale delle opere di Leon Battista Alberti. Strumenti, 5), pp. 59-121.

³⁶³ Vincenzo Piano Mortari, *Cinquecento giuridico francese : lineamenti generali*, Liguori, Napoli, 1990, p. 200.

sistematici il concetto riacquistò nuovo valore semantico. Per capire il senso dell'aspirazione a '*redigere ius in artem*', si deve anzitutto definire il significato dell'*ars* e adattarla alla cultura circostante. In primo luogo, l'*ars* va collegata con la *ratio*, senza la quale l'*ars* non può non essere preda di oscurità e confusione. La *ratio*, che rappresenta l'apice dell'intelligenza umana dominante ogni sapere, si dimostra l'elemento animatore del diritto: «etenim ratio finalis est causa legis, et veluti anima, vigorque eiusdem...causa autem finali cessante legem ipsam cessare constat..... Sicuti exhalata anima, mox omnes corporis vires desiciunt et deiiciuntur»³⁶⁴. Facendo riferimento all'insegnamento di Aristotele, i sistematici non esitarono a sottolineare il ruolo indispensabile giocato dalla *ratio* nella ricerca dello *studium humanitatis*: «Et, ut ait Aristoteles, ars est habitus quidam faciendi recta cum ratione: nam quod rationem non habet, ars non est»³⁶⁵; poi, per i giuristi tesi all'indirizzo sistematico, l'*ars* è da raggiungere tramite il processo logico, ovvero un procedimento conoscitivo corrispondente all'ordine cronologico della conoscenza umana. Dato che il *Corpus iuris civilis*, soprattutto il *Codex* e il Digesto, vennero compilati senza un ordine preciso, seguire la distribuzione tradizionale delle materie stabilita dalla Commissione bizantina avrebbe condotto gli studenti di diritto a difficoltà invalicabili. I giuristi suggerivano così di procedere *in primis* dai principi noti e facili da apprendere. Si ispirarono a Budé, che aveva delineato questo metodo come abbiamo già visto, Baron («Nostra temeritas iustam a capite Digestorum ad calcem methodum, et ita paucis prestringere, ut nihil desit, et copiose, ut nihil redundet tamen, explicare meditatur»)³⁶⁶; Douaren («deinde disponantur, et artificiose digerantur ea, quae sparsim, et sine ullo ordine a Triboniano sub singulos Pandectarum, et Codicis Iustinianaei titulos congesta sunt... Tribonianum in tractando cuiusque tituli argumento, nullam ordinis, aut methodi rationem habuisse»)³⁶⁷; Connan³⁶⁸; Doneau

³⁶⁴ Jean de Coras, *De iure civili in artem redigendo*, in *Tractatus universi iuris*, I, fol. 66v.

³⁶⁵ Pierre Grégoire, *De iuris arte, methodo et praeceptis*, Lugduni, apud Antonium Gryphum, 1580, pp. 26-27.

³⁶⁶ Eguinaire Baron, *Pandectarum iuris civilis oeconomia*, in *Opera omnia*, Lutetia, t. III, 1562, p. 299.

³⁶⁷ F. Douaren, *Epistola ad Andream Guillartum. De ratione docendi discendique iuris conscripta*, in Francisci Duareni *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera*, Francofurti, 1592.

³⁶⁸ Il filo conduttore dei monumentali *Commentariorum* di Connan è la *recta ratio*, cioè la *ratio naturalis* innata nell'essere umano. A partire da questa semplice e basale dottrina, Connan iniziò a edificare la sua opera, adottando la tripartizione delle *Institutiones* giustinianee e articolandosi tutte le materie contenute nel Digesto in maniera razionale e coerente: «C'è, infatti, nei *Commentarii* del Connano questo spirito razionalistico di carattere nuovo

(«...Atque hoc quidem in his libris, quos instituimus, de iure in artem redigendo»)³⁶⁹ e Grégoire («...nec tantum iuris civilis sed iuris universi artem seu praecepta paucis concludam... Et idcirco placuit hanc singularem artem a finitione iuris exordiri, quam divisio, ut in omni artis methodo, sequetur»)³⁷⁰. Tutti fecero propri il programma di trattare il diritto civile dalle nozioni generali agli istituti più specifici, complessi e difficili; concependo l'*ars* come il tentativo di costruire la sistematica del diritto civile. I sistematici, praticamente, ritenevano che, prima dell'interpolazione arbitraria adoperata dalla Commissione della Compilazione, lo *ius civile* fosse dotato di un programma preciso, coerente e razionale. Secondo essi, i giureconsulti antichi, nell'evoluzione del diritto romano, erano riusciti a sviluppare un sistema straordinariamente raffinato e ordinato. I giuristi, in quanto *sacerdotes iuris*, avevano ora il compito di pulire tutte le aggiunte abusivamente inserite dall'imperatore bizantino e impegnarsi a ripristinare gli aspetti originali del sistema giuridico ormai dispersi. Non c'è da meravigliarsi se nel corso del Cinquecento, una moltitudine di giuristi, tra i quali non mancarono gli autori più geniali, non esitò a costruire i propri sistemi in base alla tripartizione stabilita delle *Institutiones* giustinianee (*persona, res, actio*), che all'interno del *Corpus iuris civilis*, rappresentarono l'unica opera che avesse un ordine chiaro e conciso. Sia la *Pandectarum juris civilis oeconomia* di Baron, sia i *Commentarium de iure civili libri X* di Connan, sia i *Commentaria libri XXVIII* di Doneau (tra tante possibilità ci limitiamo a ricordare le opere più prestigiose) adottarono in modo particolare il modello gaiano-giustiniano con differenti rinnovazioni e varianti.

che costituisce il criterio ispiratore della sua costruzione. Il Connano afferma che la natura umana è di costanza squisitamente razionale e che la fonte di ogni forma di diritto è perciò nella natura, vale a dire nella *recta ratio*. Di qui la pertinenza del diritto solo agli esseri dotati di ragione, agli esseri umani. E se il diritto ha la sua base nella *ratio* che non è semplice *opinio* o *coniectura*, esso ha la sua guida, il suo appoggio e quindi la sua eternità nella natura. Il contenuto di una legge non ha da esprimere quel che è giusto secondo l'opinione e le mutevoli convinzioni dei vari popoli ma ciò che *re ipsa verum sit et honestum*. Conseguenza da ciò una posteriorità obbiettiva ed ideale della *scientia iuris* all'esistenza del diritto, dato che ogni scienza non è altro che osservazione della natura; deriva pure una distinzione tra *prudentia* e *scientia iuris*, l'una relativa ai casi particolari e aventi per scopo l'azione, l'altra fondata sempre su dei principi posti ciceronianamente sulla *recta ratio*. Nell'epoca in cui viveva il Connano, si andava ormai affermando l'ideale della razionalità scientifica rappresentato dalla matematica con gli archetipi dell'ordine, della certezza, dell'armonia e della conclusione» (Vincenzo Piano Mortari, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, cit., pp. 309-310).

³⁶⁹ H. Donellus, *Commentarii*, cit., lib. I, cap. I, 1, p. 3.

³⁷⁰ Pierre Grégoire, *De iuris arte*, cit., pp. 37-38.

Se si conferma che la *ratio* rappresenta il filo conduttore dei giuristi per elaborare l'*ars iuris* e il motivo al quale si ispirano le loro attività scientifiche più importanti, si può altrettanto dichiarare che nel contesto dell'affermarsi e propagarsi della Scuola Culta la proposizione di «redigere ius in artem» si riferisse anche 'all'opportunità e alla possibilità di edificare 'a sistema' nel suo complesso»³⁷¹. I sistematici furono fermamente convinti che il lavoro di ridurre le materie sparse e caotiche del diritto romano ad un ordine razionale fosse non solo necessario, ma anche raggiungibile, poiché un'*ars* ordinata e sistematizzata pareva loro l'unica strada attraverso la quale la giurisprudenza poteva liberarsi delle grossolanità medievali³⁷². Un passo significativo di Jean de Coras mette a nudo il nucleo del pensiero sostenuto da questa corrente giuridica:

Fuerunt quondam omnia (ut M. Cicero scribit, I. De oratore) divulsa, dispersa, et dissipata, quae nunc artibus conclusa sunt, in musicis...: in geometria... in astrologia... in grammaticis... Haec itaque cum arte diffusa, et monibus ignota, adhibita extrinsecus arte conglutinata postea fuerint, et ratione quadam constricta: non impossibile factu, censeri debet, ius ipsum civile, divulgum, sparsum, et dissolutum, in artis rationem, formamque reducere: quando nihil sit tam arduum, ac difficile, quod non studio, ac industria perstringi, explicarique possit... Denique nulla est ars, nullave disciplina, tam utilis, tamque sordida, quae non certa quadam serie, via, methodoque doceatur... nonne putare turpe foret, solam iuris scientiam, omnium artium nobilissimam, arte carere? Per quam omnes caeterae disciplinae augentur, foventur, et defenduntur?³⁷³

È significativo che i professori della Scuola Culta affermassero fortemente l'esigenza di valutare la compilazione giustiniana con metodi diversi. Nella nuova epoca, il metodo analitico e frammentario adoperato dai Glossatori e dai Commentatori non è più in grado di rivelare il vero e proprio spirito del diritto antico, dato che i dottori medievali non possedevano né l'ottica storica e filologica

³⁷¹ Cecilia Pedrazza Gorlero, *Immagini dell'Ordo iuris. Ars e methodus nella riflessione di Pierre Grégoire (1540-1597)*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 191.

³⁷² Jean de Coras, *De iure civili in artem redigendo*, in *Tractatus universi juris*, cit., fol. 59r: «Quod si nostrae aetatis homines, in pulcherrimo, facillimoque iuris studio, tam incompte infeliciterque versentur, minime mirum videri debet, cum erudite quondam et orate, ab antiquis iureconsultis tradita iurisprudencia, in obscuram, confusam, inconditam ac pene ridiculam barbariem inciderit».

³⁷³ *Ibidem*.

indispensabile per conoscere l'origine, lo sviluppo e la trasformazione del diritto, né la capacità di comprendere tutte le materie giuridiche in un sistema armonico e immune da difetti e contraddizioni. In una epistola indirizzata al discepolo Andrea Guillart, Douaren esplicò ambiziosamente il suo programma: «eruditorum consensum receptum est, in docendis artibus ab iis, quae universalialia, et nobis notoria sunt, ad singularia procedendum esse; “ad iudicandum ex bono et aequo de singulis negotiis preparemur et informemur»³⁷⁴.

In altri termini, l'aspirazione di '*redigere in artem*' il diritto non è altro che «riordinare la materia giuridica fissando in primo luogo i principi supremi del diritto intorno ai quali avrebbero dovuto essere collocati gli istituti giuridici particolari»³⁷⁵. Il metodo sistematico non è solo inteso come lo strumento utile per approfondire e migliorare il discorso giuridico, ma anche come la via giusta con cui si ottiene una scienza giuridica organica e ordinata, necessaria per mettere ordine nella vita comunitaria degli uomini³⁷⁶. I giureconsulti sistematici misero in rilievo l'importanza della dialettica, ricorrendo più volte alla *coniectura*, alla *diffinitio*, alle *distinctiones* e via dicendo³⁷⁷. Attraverso un tale procedimento logico, la concezione giuridica di ogni istituto viene proposta, analizzata e messa in evidenza in maniera più precisa e chiara, evitando così gli errori commessi dai dottori medievali.

³⁷⁴ F. Douaren, *De docendi discendique juris ratione*, Lugduni, 1547, p. 24.

³⁷⁵ Mortari, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, cit., p. 286.

³⁷⁶ Mortari, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, cit., p. 237.

³⁷⁷ Francisci Connani *Commentariorum iuris civilis libri X*, Lutetiae Parisiorum, 1558, fol. 9r: «Coniecturae a causis tum efficientibus, et consequentibus, tum ab adiunctis et similibus, eorumque contrariis ortum rei inquirunt. Diffinitio rem inventam, sed adhuc obscuram et involutam, aperit: quam postea divisio in certa genera generumque partes digestam, latius explicat».

§ 2. Il discorso di Douaren sul *dominium utile*

Oltre alle prospettive metodologiche generali espresse nell'epistola programmatica, Douaren applicò anche il suo pensiero sistematico agli istituti particolari. Per esempio, egli ha lasciato un breve, ma precisissimo, trattatello dedicato alla teorica del *dominio utile*:

Dominium sic definimus, *ius de re aliqua corporali plene ac libere disponendi, extra quam si quid lege prohibeatur*. In qua diffinitione ius disponendi, idcirco dicitur, quia licet pignus, vel hypotheca, ius in rem sit, lex pignoris de pignoribus, quia tamen creditor disponere non potest de re pignorata, non recte dominus appellatur... Dicitur plene, ac libere, quoniam tametsi tutor, et curator, aliaeque similes personae, procuracionem habeant, et dispositionem alienarum rerum... plenam tamen, et liberam non habent... Dicitur, de re aliqua corporali, quia quamvis is, qui servitutem habet, de ea pro arbitrio suo disponere non prohibeatur, dominus tamen non est: cum traditio, qua dominium acquiritur, in res incorporales non cadet... Extrema definitionis verba, propter eos dominos adiecta sunt, quibus bonorum administratione lex interdicat, et alios huiusmodi... Dominium vulgo partiuntur Accursiani in directum, et utile: quae verba ab ipsis conficta sunt, nec apud veteres usquam leguntur. Sed ut rem ipsam percipiamus, quam hac novitate verborum exprimere, et docere voluerunt, sciendum est, ius quoddam aliquando reperiri domino proximum, quale est, exempli causa, ius emphyteuticum, propter quod datur actio in rem utilis, sicut directa ob verum dominium competit... Et quia per abusionem hoc ius nonnunquam simpliciter dominium appellatur... ne unius atque eiusdem rei duo insolidum domini esse dicantur, contra rationem iuris, lex. si ut certo. § si duobus. ff. commod. duplex constituerunt dominium, quorum unum directum, ab actione directa, quae pro eo datur: alterum utile, pro quo videlicet utilis actio competit, appellarunt not. in lex. si quis vi. § differentia. de acqui. poss. Proprietatem nihil aliud esse existimo, quam dominium, si proprie dominium accipiat, cum veteres Iurisconsulti promiscue his verbis uti soleant, lex. si procurator, lex. cum in corpus. ff. de acquir. rer. domi. Ea autem est duplex, plena videlicet et nuda. Plena, quae cum usufructu coniuncta est; Nuda, quae separata est ab usufructu...³⁷⁸

L'atteggiamento di Douaren sembra chiaro. L'avverbio 'vulgo' nel titolo esprime la ripugnanza dell'autore nei confronti del *dominium duplex*, poiché si tratta di una nozione grossolana. Se, per avviare il discorso, Douaren ripete quasi fedelmente la definizione bartoliana del *dominium*: *ius de re aliqua corporali plene ac libere disponendi, extra quam si quid lege prohibeatur*, egli non volle adottare a occhi chiusi la tesi di Bartolo. Dopo l'analisi accurata della definizione bartoliana, il Nostro

³⁷⁸ François Le Douaren, *Disputationum anniversariarum liber primus*, cap. XVII - *De dominio quod directum et utile vulgo dicitur*, in Francisci Duareni *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera*, Francofurti, 1592.

iniziò a demolire le fondamenta teoriche dell'*opinio communis* tramandata dai dottori medievali. Douaren, discepolo di Alciato a Parigi, fu completamente cosciente della storicità del *dominium utile* ed elaborò un'opinione diversa da quella del maestro: il *dominium utile* non è altro che una *novitas* inventata e elaborata da Accursio e dai suoi seguaci, che facevano uso della distinzione dell'*actio directa* e dell'*actio utilis* per definire un istituto di cui i *veteres* non avevano mai parlato. In quanto '*novitas*', esso non ha niente a che vedere con il vero *dominium* del diritto romano. In questo modo il giurista francese mise in dubbio l'autorità della teorica del *dominium utile* e ne rivelò la natura sotto il criterio storico. Partendo dallo stesso punto di Bartolo, ma procedendo in maniera diversa, Douaren propose di sostituire il *dominium utile* con uno '*ius domino proximum*', che va attribuito all'enfiteuta e alle altre persone che erano ritenute *domini utiles*. Nel frattempo, Douaren mise in evidenza l'identificarsi della *proprietas* col *dominium*, sottolineando la differenza essenziale fra il *dominium* e *quoddam ius domino proximum*. Così la sfera del *dominium* viene purificata, limitata e unificata dal nuovo criterio. La creazione della nozione dello *ius domino proximum*, da un canto, impedisce che il *dominium utile* rientri nel territorio del *dominium*, dall'altro permette che si attui la separazione concettuale tra il *dominium/proprietas* e tutte le situazioni inferiori e minori.

L'impostazione di Douaren mira a risolvere sul piano programmatico il problema che i primi giuristi umanisti avevano già puntualizzato senza giungere a un risultato. La teorica generalizzata da Bartolo e convalidata dai seguaci del *mos italicus*, nel nuovo clima culturale rinascimentale, appare sempre più inadeguata alle esigenze di ricostruire la concezione del *dominium* immediatamente sulla base del testo giuridico romano. Non basta rilevare che il *dominium utile* costituisce un'ipotesi giuridica non fondata, ma bisogna piuttosto precisare quale diritto vada attribuito ai titolari che prima venivano qualificati *domini utiles*. Per sciogliere il nodo problematico, tutto va riesaminato nella visione umanistica.

Se nel passo bartoliano si legge una contraddizione intrinseca causata dalla

coesistenza di due *dominia*, che distorce violentemente il testo romano, nel discorso di Douaren, al contrario, si delinea il tentativo di incorporare il *dominium utile* entro un sistema coerente e armonico in base alla conoscenza filologica e storica che superi lo schema romanistico medievale. Così Douaren dimostra un pensiero più profondo dell'indirizzo puramente storico-critico.

Qui si coglie un approccio diversificato tra i giuristi ispiratori dell'indirizzo sistematico ed i giuristi storicisti. I primi si limitarono ad indicare l'artificialità e l'irragionevolezza della dottrina degli accursiani e dei bartolisti, ma ambirono a costruire un edificio, vasto, comprendente tutte le materie reperibili nella Compilazione giustiniana secondo la metodologia e le idee umanistiche. Per realizzare un progetto così grandioso e difficile, andavano messe in ordine le materie giuridiche sparse nella Compilazione giustiniana, riorganizzarle e ricostruirle. L'ordine già stabilito da Giustiniano pertanto va infranto per restaurare il nuovo sistema sulla logica, invece che sui commenti frammentari. Per quanto riguarda il discorso di Douaren, ci si potrebbe naturalmente domandare cosa significhi '*quoddam ius domino proximum*' nel nuovo sistema del *dominium*. Ci si potrà ulteriormente chiedere come si qualifica la situazione degli enfiteuti, livellari, titolari di diritti feudali, superficiari e gli altri concessionari o titolari del fondo che venivano considerati come *domini utiles*. La dottrina cinquecentesca esigeva di procedere più avanti. Sarà Hugues Doneau, l'allievo più celebre di Douaren, a imboccare la strada già aperta dal maestro e ad affrontare il compito di '*redigere in artem*' il diritto con la sua brillante opera, *Commentarium de iure civili viginti octo*. Ma prima di Hugues Doneau, la nostra attenzione deve concentrarsi sull'opinione di un altro giurista umanista francese Équinaire Baron.

§ 3. La costruzione di Baron

Équinaire Baron, giurista e giudice attivo nella prima metà del Cinquecento, ci ha lasciato numerose opere riguardanti il diritto romano giustiniano, il diritto francese e il diritto feudale. Nel suo commento al Digesto³⁷⁹, egli ha introdotto il commento al diritto francese come l'integrazione del commento al diritto giustiniano, rilevando l'attenzione sempre maggiore dei giuristi francesi verso il diritto patrio. Questo fenomeno ci sembra molto significativo, perché insieme all'emersione del movimento umanistico, le norme francesi erano talmente importanti da essere paragonate al diritto romano. Mettere a confronto l'esperienza del diritto romano e l'esperienza francese condusse i giuristi alla prospettiva più ampia e efficace ad adattare il diritto romano alla società francese cinquecentesca. Lo sforzo di Baron contribuì a rimisurare il diritto romano e attenuò sostanzialmente il valore della tradizione giuridica medievale. La preminenza del diritto romano fu messa in discussione, di conseguenza il diritto nazionale francese cominciò a giocare un ruolo sempre più importante nel mondo del diritto. Per esempio, la stessa motivazione di valorizzare il diritto nazionale francese è evidente anche nelle opere dei giuristi quali Charles Dumoulin e André Tiraqueau³⁸⁰.

³⁷⁹ Baron, *Commentariorii quorum particula prior Romanum, posterior Gallicum ius, ad singulos titulos complectitur*, in Eguinariii Baronis *Opera omnia in tres tomos divisa*, Lutetiae Parisiorum, 1562, t. I.

³⁸⁰ Trovandosi al crocevia di due esperienze giuridiche, in quanto magistrato del Regno francese e umanista imbevuto della nuova cultura, Tiraqueau cercò di trarre gli elementi più vivi e preziosi per i giuristi dalla prassi nazionale, poiché solo la prassi contiene «le opinioni sperimentate dei giuristi più affidabili del passato, quello remoto non meno di quello recente». Cfr. Giovanni Rossi, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 122.

A. Le novità metodologiche apportate da Baron

Inoltre, Baron ha introdotto delle novità metodologiche nello studio del diritto. In una breve ma significativa opera schematica uscita nel 1535, Baron adottò un nuovo approccio marcatamente sistematico³⁸¹. Il titolo dell'opera *Pandectarum iuris civilis oeconomia* è già sufficiente a rivelare l'intenzione di Baron. L'*oeconomia*, nel greco antico indicava «il concetto del buon governo delle cose pubbliche e private, ma anche quello della loro distribuzione secondo criteri di ordine e di razionalità». Il lemma venne adoperato dai romani per indicare «un tutto organico e unitario, conforme ad un programma preciso, ad un disegno suggerito e guidato solo da criteri logici»³⁸². Nella mentalità umanistica di Baron, *oeconomia* si riferisce all'ordine logico che deve ispirarsi alla *ratio* e dominare la scienza giuridica. Baron raccolse antitutto tutte le materie giuridiche sparse nel Digesto, poi le riorganizzò secondo lo schema gaiano e le divise in *personae*, *res* e *actiones*. Con lo schema tabellare conciso e successivo, Baron riuscì a presentare tutte le materie giuridiche in un unico libriccino. Partendo dalle nozioni più generali (*iustitia*; *ius*), il diritto è diviso in due parti: pubblico e privato. Il pubblico consiste nel diritto sacro e nel diritto dei magistrati, mentre il privato consiste nello *ius naturale*, *gentium* e *civile*. In questo modo Baron poté classificare continuamente le materie e esporle dettagliatamente. Per i novizi di studi giuridici, un tale schema è indubbiamente di alto valore didattico, poiché si può apprendere facilmente il panorama del Digesto senza affaticarsi a consultare i voluminosi testi romani.

Dalla lettura dell'*Oeconomia* di Baron si possono ricavare due osservazioni: in primo luogo, nel terzo decennio del XVI secolo, i giuristi sistematici avevano già tentato di trattare il diritto con una visione panoramica e comprensiva. Lo schema privilegiato è soprattutto la tripartizione gaiana³⁸³. Scartato l'ordine stabilito dal

³⁸¹ *Pandectarum iuris civilis oeconomia*, in Eguinari Baron *Opera omnia*, cit., t. III, pp. 299-317.

³⁸² Vincenzo Piano Mortari, *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, in *La sistematica giuridica: storia, teoria e problemi attuali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pp. 281-282.

³⁸³ Oltre all'*Oeconomia* di Baron, negli stessi anni videro luce i *Commentarii Commentaria iuris civilis libri X* di François Connan. Ispirata alla struttura delle *Institutiones* giustiniane, l'opera fu divisa in *persona*, *res* e *actiones*.

Digesto, si avvia il progetto di riorganizzare le materie giuridiche e ricostruire il sistema³⁸⁴; in secondo luogo, l'uso dello schema tabellare implica la tendenza rinnovatrice rispetto alla tradizione giuridica medievale. La forma tabellare permette agli insegnanti di presentare facilmente l'articolazione del diritto senza soffermarsi sui dettagli minuziosi e insignificanti. Proprio tramite una tabella espositiva, visibile, utile ed economica, l'ossatura del nuovo sistema umanistico viene inizialmente formata.

e marcò la maturità del programma sistematico umanistico nella prima metà del Cinquecento. Cfr. Christoph Bergfeld, *Franciscus Connanus (1508-1551): ein Systematiker der römischen Rechts*, Böhlau, 1968, Köln; Vincenzo Piano Mortari, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, cit., pp. 301-317; Italo Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, I. Il Cinquecento*, Giappichelli, 1997, Torino, pp. 97-136; Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 28-31.

³⁸⁴ È da ricordare che il sistema 'classico' considerato puro, logico e coerente sembrò solo un mito. Infatti, nel diritto romano classico fu dominante la metodologia casistica tendente anzitutto a risolvere le fattispecie tramite numerose decisioni, opinioni, dottrine e *responsa*. Come metodo didattico, l'impianto logico ha giocato solo un ruolo secondario. Inoltre, la tripartizione gaiana non fu affatto l'unico sistema adoperato dai giuristi romani. Cfr. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Montchretien, Paris, 1975, nouvelle édition corrigée, pp. 507-551; Giovanni Pugliese, *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in RISG 5 (1951), pp. 237-274, ora in Giovanni Pugliese, *Scritti giuridici scelti*, Vol. 3, Jovene, 1985, Napoli, pp. 223-262.

B. La riproposizione del *quasi dominium* attuata da Baron

Torniamo al nostro tema. Baron non fu un distruttore violento della teorica del *dominio utile*, tuttavia, il suo atteggiamento risultò non privo di ambiguità. Dato che la nozione del *dominium utile* si collega strettamente all'*actio utilis*, risulta soprattutto rilevante un passo dedicato alla *ratio* sottesa alla concessione dell'*actio utilis*:

Si dominus subtili ratione Iuris, et qui Iure benigniore quasi dominus habetur, ad agendum concurrant, ille directa actione, hic utili, utili actione agentem praeferri oportet. Hoc enim Praetor, vel Princeps voluit, quid ad Iuris strictioris emendationem, utilem dandam putavit: et hoc casu adversus directa agentem exceptio competit. Si antevertat qui directam habet, ignorante debitore, actio quidem, et pactum, et tranfactio valebit: sed utilem habens in dominum aget. Sane interdum directa actio et utilis dantur diversis, non ut quasi dominus domino potior sit, sed ut alios quoslibet iure suo pulset: quales sunt rei vindicatio, et Publiciana. Aliquando ad diversa competunt, ut in emphyteuticis et vectigalibus praediis observatur. Nam dominus in rem agit, ut pronuntietur dominus, et ut consequatur redditus: emphyteutes vero, ut declaretur quasi dominus, et restituatur res ab alio possessa, cuius quasi dominus est. Porro autem procurator in rem suam datus, et procuratorio nomine directam actionem intendere potest, et suo nomine utilem³⁸⁵.

Per spiegare perché un'*actio utilis* fosse concessa ai non *domini*, Baron si riferì sia ai Glossatori che ai Commentatori. Se ai veri *domini* è concessa l'*actio directa*, esiste anche un'*actio utilis* spettante ai non *domini* quali gli enfiteuti allo scopo di difendere il loro diritto. Il principio dell'*aequitas* va rispettato³⁸⁶. Dunque, la causa di concessione dell'*actio utilis* consiste nella *benignitas iuris*, ovvero nelle esigenze di evitare ogni eventuale *iniquitas*³⁸⁷. Fin qui il discorso non è diverso da quello dei

³⁸⁵ Baron, *Commentarii ad l. LV. Ulpianus, lib. LXV, ad Edictum* (D. 3,3,55), in Eguinarii Baronis *Opera omnia*, cit., t. I, 357.

³⁸⁶ Nella pagina seguente il discorso procede: «Porro autem actiones utiles non semper cum directis in eandem rem concurrere solent. Nam sub eodem genere, eademque appellatione, actio directa alii competit, alii utilis ad diversum quiddam petendum, condicendumve, ut actio in rem directa domino competit, utilis vectigali, vel emphyteutae, etiam adversus dominum: actio directa, si quadrupes, ei datur, cui quadrupes noxam nocuitur, utilis ei, cui bipes», Baron, *Commentarii ad l. LXVIII. Papinianus, lib. II, Responsorum* (D. 3,3,68), in Eguinarii Baronis *Opera omnia*, cit., t. I, p. 361.

³⁸⁷ In un altro passo, Baron ripeté il rilievo di *aequitas* e di *utilitas*: «Iustinianus tamen hanc speciem suis emendationibus ita correxit...non stricto Iure, sed utilitatis caussa et aequitatis habita ratione...Equidem scio Consultos varie in hoc argumento utilium actionum, et directarum, respondisse: aliis rationem Iuris sequentibus, aliis aequitatem stricto Iuri anteponentibus...utilem dandam, utilitatis magis, quam stricti Iuris habita ratione» (*Ibidem*).

dottori medievali, che enfatizzarono spesso il valore particolare dell'*aequitas* nella giurisprudenza. Baron, tuttavia, ammise che l'enfiteuta e il vettigalista, cui è concessa un'*actio in rem utilis*, dovevano essere considerati *quasi domini*. A nostro parere, non è senza significato che Baron rifiutasse di usare il termine *dominus utilis*, che è già noto a tutti i giuristi. Nell'impostazione di Bartolo, invece, il *quasi dominium* si riferisce all'*actio publiciana*³⁸⁸. Però, il termine *quasi domini* utilizzato da Baron, è molto vago e impreciso. Sembra l'equivalente del *dominium utile*.

In un altro passo, ancora una volta, Baron mise a confronto lo *ius civile* e lo *ius pretorio* per delineare la figura del *quasi dominus* o *vice dominorum*:

Sed et quibus omnia iura tribuuntur a solo Praetore, vel iudice, non domini proprie, sed quasi domini, et vice dominorum habentur: quod tamen abusive interdum quasi dominium appellatur. Haeres iure civili adita haereditate dominus sit: bonorum possessor tantum, quasi haeres quasque dominus habetur³⁸⁹.

Baron prestò molta attenzione a non parlare del *dominium utile*. Per lui, anche il *quasi dominium* è un termine abusivo. È ovvio che ci sia l'antitesi tra l'*haeres* e il *possessor bonorum*, tuttavia, il vero e proprio *dominus* è unico. L'avverbio *quasi* significa imitazione, affinità, ma anche scostamento rispetto al *dominus*.³⁹⁰ Dunque, non è un caso che altrove Baron qualificasse il *quasi dominium* come «non iustum, plenumque dominium, directa actione ex civili Iure»³⁹¹.

³⁸⁸ Bartolo, *In secundum ff. Veteris partem*, Venetiis, 1585, ad l. *Minor. Si servus ff. de evictionibus*, n. 4: «Debetis scire quod tria sunt dominia directum et utile et quasi dominium, quod competit ei qui habet publicianam».

³⁸⁹ Baron, *Manualium ad omnes partes Digestorum seu Pandectarum iuris enucleati*, in Eguinarii Baronis *Opera omnia*, cit., t. I. Il *Manualium* di Baron, secondo Vincenzo Piano Mortari, rappresenta «un'opera sul Digesto meno profonda, ma con scopi scientifici e riordinatori più precisi, diretta ad *continendum* il complesso delle materie giuridiche comprese nelle Pandette», in questo libretto, l'autore «scelse i frammenti ritenuti più rispondenti ai fini di una esposizione organica e chiara dei singoli problemi, indicò solo i passi che contenevano i principi giuridici di carattere generale, i *capita* intorno ai quali avrebbe potuto raccogliersi il vastissimo materiale del Digesto per facilitarne la comprensione ed il dominio». Dunque, possiamo ritenere che il *Manualium* comprenda i temi più complessivi e più discussi contenuti nel Digesto. Cfr. Vincenzo Piano Mortari, *Cinquecento giuridico francese*, cit., pp. 249-250.

³⁹⁰ Christophori Philippi Richter *Tractatus de significatione adverbiorum in iure tam civili quam canonico usitatorum*, Jenae, 1666, *quasi*, p. 696, ad vocem: «vocabulum hoc fertilissimum est in iure nostro: denotat autem simulationem quandem».

³⁹¹ Baron, *Institutionum liber II Commentarii*, p. 380, in Eguinarii Baronis *Opera omnia*, cit., t. II.

Come Douaren, Baron cercò di eliminare, cancellare e sostituire il *dominium utile* con un nuovo termine. In entrambi gli autori si può avvertire lo stesso tentativo di separare il *dominium utile* dalla sfera del *dominium* opponendo il primo al secondo. Il *dominium* costituisce di per sé una categoria come la proprietà piena, assoluta e superiore sulla cosa. Nel sistema di un diritto così preminente, non può più esserci alcun spazio per il *dominium utile*.

C. La reazione contro la dottrina feudista medievale: *feudum* come *quasi dominium*

La creatività di Baron consiste non solo nell'analisi ordinata delle fonti giustinianee, ma anche nell'introduzione del diritto nazionale francese come integrazione indispensabile del diritto romano. Nei suoi commenti alle *Institutiones*, per esempio, egli aggiunse qualche commento '*ex iure gallico*' a fianco delle costituzioni imperiali, allo scopo di illustrare le disposizioni stabilite dal diritto francese e di mettere a confronto le due fonti. Per Baron, il diritto francese non può non essere una parte importante e insopprimibile della *scientia juris*, dato che è derivato sia dalla consuetudine nazionale, sia dalle costituzioni regie³⁹². Baron volle che il diritto patrio rivendicasse la propria autonomia in quanto diritto rispondente al bisogno della monarchia francese di concentrare il proprio potere politico-giuridico e alle esigenze culturali sempre più forti degli umanisti.

A parte il diritto giustiniano, Baron dedicò un'importante opera al diritto feudale: *Methodus ad Obertum Ortensium*. Il titolo è già sufficiente a evidenziare l'intenzione di Baron. Egli si cimentò nel diritto feudale secondo un criterio ordinato (ovvero la *methodus*) sulla base dei *Libri feudorum* del giudice milanese Oberto dall'Orto. In questa *methodus* non mancò la riflessione più approfondita intorno ai problemi discussi tante volte dai giuristi sia del passato, sia contemporanei. Per esempio, la definizione di *beneficium* ci aiuta a osservare come Baron cercasse il più possibile di evitare la concezione del *dominium utile*:

Beneficium nanque definimus immobile quidlibet, quod fidelis obsequii gratia, fruendum datum est: vel sub fidelitatis et obsequii conditione, à foy et homage, quod a fide, vel fidelitate, Feudum corrupte appellarunt. Alii superstitiosius finiunt Beneficium esse benevolam, liberam, et perpetuam rei immobilis, vel aequipollentis concessionem, quasi dominio in beneficium translatum, retenta proprietate, sub fidelitatis, et honesti servitii

³⁹² Éguinarii Baronis *Commentarii ad Digestorum seu Pandectarum...*, Parisiis, 1548, *praefatio*: 'Deinde ius gallicum, cum ex moribus regionum, tum ex maiorum tuorum constitutionibus, ordine eodem fere adhibui'.

conditione...Frui quoque cum Ortensio eum dicimus, qui vel dominus sit, vel quasi dominus, fructus perpetuo, vel ad tempus praestitutum, aut intellectu comprehensum, percipiat. Duo enim sunt duntaxat, ex quibus Beneficii (de quo nunc agimus) substantia consistit: Res immobilis, et Fidelitas³⁹³.

Baron indicò con chiarezza i due caratteri essenziali del rapporto patrimoniale feudale: l'oggetto materiale (*res immobilis*); la prestazione militare e/o non militare (*fidelitas*). In linea generale il discorso non si discosta dalla tradizione medievale, ma esiste una differenza rilevante. Nella dottrina giuridica successiva al console milanese, l'*usufructus* nella definizione obertina doveva riferirsi al *dominium utile*, poiché l'espressione di *usufructus* '*patet quod ista fuit rustica descriptio, non elegans diffinitio*'³⁹⁴. Tuttavia, Baron scelse *quasi dominium* piuttosto che *dominium utile* per definire il *beneficium* (*feudum*), rifiutando di seguire il termine usuale dei bartolisti. Baron, un giurista imbevuto della cultura umanistica affermatasi alla fine della prima metà del Cinquecento, non volle che il termine *dominium utile* comparisse nelle sue pagine. La sostituzione del *quasi dominium* al *dominium utile* sembra funzionale a salvare la sua posizione umanistica. Il *quasi dominium*, nonostante sia un termine concettualmente ambiguo e incerto, è sufficiente a esprimere ciò che volle proclamare³⁹⁵.

³⁹³ Baron, *Methodus ad Obertum Ortensium de beneficiis in libros quatuor divisa*, lib. I, tit.III, *de beneficio, deque eius divisione, et qualitate*, p. 327, in Eguinari Baron *Opera omnia*, cit., t. III.

³⁹⁴ Claude de Seyssel, *Speculum feudorum*, Basileae, 1566, pp. 68-69.

³⁹⁵ Similmente, nella prima metà del secolo, i giuristi tedeschi usarono il termine *quasi dominium* in senso diverso da quello stabilito nel sistema di Bartolo. *Quasi dominium* e *ius in re specificum* furono considerati *adfinia* al *dominium*, mentre tutti i tre furono *species distincte* dello stesso *ius in re generici* (Jacobus Spiegel, *Lexicon iuris civilis*, Lugduni, 1552, col. 220). Questa imposizione poté risalire alla *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accommodata* di Johannes Apel pubblicata nel 1535. Cfr. Robert Feenstra, *Dominium and ius in re aliena: the origins of a civil law distinction*, cit., p. 114.

§ 4. Il *dominium utile* nel sistema dei *Commentarii iuris civilis* di Hugues Doneau

Se presso Alciato, Cujas, Douaren, Connan e Hotman, la problematica intorno al dominio utile è trattata in maniera sparsa e frettolosa³⁹⁶, nell'ultimo decennio del Cinquecento, con la nascita dei *Commentarii iuris civilis* di Hugues Doneau, si delinea un sistema ambizioso che, a nostro parere, raccolse i risultati già conseguiti dai primi umanisti e risolse i problemi scottanti lasciati dai predecessori. Il merito di Doneau consiste nella capacità di inquadrare tutte le materie entro una sistematica ben elaborata, tanto da rappresentare l'apice dei giuristi sistematici della seconda metà del secolo. Comunque, non si tratta di un'opera eccezionale concepita da una mente appartata, al contrario, i *Commentarii* di Doneau rispecchiavano fedelmente le esigenze, i disegni e i tentativi di tanti umanisti del Cinquecento.

A. L'impostazione dei *Commentaria iuris civilis* di Doneau

L'atteggiamento di Doneau nei confronti dei bartolisti risultò più costruttivo e meno distruttivo rispetto ai primi giuristi umanisti³⁹⁷. Per lui, il diritto romano classico è così ammirabile e nitido da esser superiore a ogni altro diritto umano, perciò sembra naturale che si debba ricercare questo diritto con massima attenzione³⁹⁸. Però, l'ordine progettato dalla Commissione di Triboniano e sviluppato dai giuristi medievali ha confuso le materie giuridiche e reso quasi impossibile l'applicazione diretta del diritto

³⁹⁶ L'unica opera giuridica di François Connan ci sembra un tentativo prezioso e raffinato di mettere in ordine tutte le materie contenute nella *Compilazione* giustiniana secondo il principio razionalistico e logico in modo che il giurista riusciva a costruire una sistematica comprensiva, ordinata armonica, in cui tutte le parti particolari si articolano senza contraddizione concettuale. Come facevano tanti giuristi umanisti al tempo, il filo conduttore di Connan è anche la tripartizione gaiana: *persona, res, actiones*.

³⁹⁷ Peter Stein, *Donellus and the origins of the modern civil law*, in *Mélanges Félix Wubbe: Offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Editions universitaires, 1993, Fribourg, p. 444.

³⁹⁸ Hugues Doneau, *Commentariorum de iure civili*, in Hugonis Donelli *Opera omnia...*, Lucae, 1763, praefatio, p. XXV: «Sed ex omnibus, quae unquam ullo in populo constituta sunt, nullum ius neque praeclarius constitutum est, quam populi Romani, neque diligentius. Nam, cum Romani id sibi omnino proposuissent, quam optimis legibus et iure fundere rempublicam... Diligentia autem Romanorum in constituendo iure ex eo animadverti potest, quod nulla fere pars est rerum cum divinarum, tum humanarum, earumque cum publicarum, tum privatarum, quae hac diligentia caruerit. Est enim ius de omnibus fere ab illis accurate constitutum. Itaque hoc ius ita ab omnibus fere populis, omnibus prope aetatibus post tempora Iustiniani ad hunc diem receptum est, ut, quibus in rebus patriae leges non impediunt, omnes hoc iure utantur».

romano. A volte il discorso diventa mutilo e claudicante; in qualche luogo i frammenti relativi allo stesso istituto sono sparsi in diversi titoli³⁹⁹. La difficoltà è soprattutto causata dall'intervento del compilatore giustiniano volontà arbitraria che ha spesso alterato e modificato i frammenti degli autori classici. Di conseguenza, gli studiosi e i discepoli rischiavano di sprecare il tempo in una disciplina delle fragili fondamenta e di perdersi nelle varietà e moltitudine delle materie giuridiche⁴⁰⁰. Per questa mancanza interna di organicità e di logica, l'ordine tradizionale è da abbandonare. Doneau, come il suo maestro Douaren, intende prendere le distanze dalle affermazioni della *Compilazione* giustiniana. Bisogna ridimensionare, pianificare e riformare l'intero impianto giuridico. In questa luce, Doneau appariva un antibartolista piuttosto che un antiromanista, nel senso che egli non tanto negò che il diritto del *Corpus iuris* avesse di per sé un eccellente primato sia pedagogico sia pratico, quanto rimproverò ai bartolista una limitata conoscenza classica ed una cieca aderenza al *Corpus iuris*⁴⁰¹. Doneau, disegnò i suoi *Commentarii* in base alle materie esposte già dall'Imperatore bizantino, ricorrendo di continuo agli argomenti e alle disposizioni contenute nella *Compilazione* giustiniana. Ciò spiega bene il vero tentativo di Doneau: rielaborare e ricercare il diritto romano alla luce della nuova prospettiva aderente alla formula umanistica '*redigere ius in artem*', rendere il diritto organico, chiaro e razionale, modificando così la metodologia e l'ordine adoperati dai bartolista⁴⁰².

Doneau è sensibilissimo alle esigenze dell'approccio umanista, che si sforzava

³⁹⁹ Doneau, *Commentariorum*, praefatio, XXVI: 'Sed omnis fere obscuritas ex eo est, quod scripta, quibus hi libri constant, fragmenta sunt tantum auctorum, quae ex suis locis abrupta verius, quam sumpta, in alia loca velut trunca et mutila congesta sunt, non praecisus inutilibus, quae brevitatis magna laus est; sed ut plurimum detractis necessariis et praecedentibus, sive quibus sequentia intellegi non possunt'.

⁴⁰⁰ Doneau, *Commentariorum*, praefatio, XXVII: «...hinc quidem obscuritate et perplexitate rerum circumventus facile pro veris falsa, pro utilibus inutilia, pro solidis inania complectetur, ut in tenebris errare et decipi facillimum est: illinc autem varietate negotiorum et multitudine impedito atque distracto eveniet...».

⁴⁰¹ Vincenzo Piano Mortari, *Cinquecento giuridico francese*, cit., p. 368: «L'antiguistinanesimo sorgeva in Donello ancora una volta dall'osservazione che i compilatori del *Corpus Juris* nel prepararlo non si erano preoccupati né della completezza delle materie di volta in volta trattate, né di disporle nell'opera, o nelle singole parti, secondo una successione di carattere razionale».

⁴⁰² L'avanzamento proseguito da Doneau rispetto a Douaren risulta evidente. Il merito compiuto da Douaren consiste nel dichiarare decisamente l'aspirazione della nuova esigenza razionalistica e nel «spiegare in un ordine più logico alcuni dei titoli del *Corpus iuris*» (V. Piano Mortari, *Cinquecento giuridico francese*, cit., p. 369), ma Doneau realizzò ulteriormente un disegno generale e comprensivo del diritto di natura organica e razionale che comprende ogni componente del diritto privato romano, e in questo modo, Doneau arrivò al culmine delle sue persistenti considerazioni intellettuali. Il diritto è considerato il dato razionale dell'intelletto umano piuttosto che il prodotto della rivelazione divina come la convinzione dei giuristi medievali.

più che mai di concettualizzare e di programmare il diritto. Aderente a quanto aveva proposto il maestro Douaren nel 'manifesto' epistolare, anche Doneau cercò di edificare il *Commentarium* in base ai pochi e generali⁴⁰³. La razionalizzazione del diritto obbliga così Doneau ad allontanarsi dallo stile casistico del diritto romano tradizionale per esporre i precetti generali da seguire. La chiave dell'intero edificio dogmatico è il diritto soggettivo, secondo il quale il diritto umano deve esser ricondotto al bisogno essenziale dell'esser umano: le esigenze di vivere, di convivere e di conservare se stesso⁴⁰⁴.

Doneau ritenne che lo scopo dello *ius* fosse distribuire a ciascuno quello che era di propria appartenenza (*omne ius fine unum est, huic spectans ut suum cuique tribuatur*)⁴⁰⁵, perciò il diritto divino ricerca che cosa appartenga a Dio, mentre il diritto umano ricerca che cosa sia degli uomini. Il diritto umano si divide ulteriormente in due parti: il diritto pubblico e il diritto privato⁴⁰⁶. Dato che i *Commentarii* hanno contribuito alla ricerca del diritto privato romano, Doneau divide le materie private in due branche (*ius civile extra litem e ius civile in lite*) a seconda dei due criteri: *quid suum cuiusque sit* (cosa appartiene a ciascuno) e *qua via id etiam ab invito obtineamus* (per opera di quale mezzo si ottiene la stessa cosa dai riluttanti). In questo modo, i primi sedici libri si riferiscono al diritto sostanziale (*ius civile extra litem*) e gli ultimi dodici libri si riferiscono al diritto processuale (*ius civile in lite*)⁴⁰⁷.

Quanto allo *ius civile extra litem*, Doneau ricorse alla massima ulpiniana (*Iuris*

⁴⁰³ La disposizione di Doneau è sempre guidata dal pensiero razionalista. La prospettiva programmatica mirava alle *Institutiones*, nelle quali si poteva identificare facilmente la tripartizione gaiana tra *personae*, *res* e *actiones*. La distribuzione delle materie aderiva fedelmente alla sistematica gaiana: all'inizio dell'opera, egli esplicò la concezione del diritto; la giustizia; le fonti del diritto e via dicendo; dal capitolo 9 del Libro II al Libro III si riferisce alle *personae*; dal Libro IV al Libro XVI si dedica alla *res*; e il resto riguarda i mezzi giudiziari.

⁴⁰⁴ Doneau dà la definizione del diritto: «Jus.....est constitutio omnis iubens in publicum, permittensve, quae recta sunt, prohibensque contraria» (Doneau, *Commentariorum*, lib. I, cap. V, n.1, *Ius quid sit*, p. 23.).

⁴⁰⁵ Doneau, *Commentariorum*, lib. II, cap. VII, p. 224.

⁴⁰⁶ Doneau, *Commentariorum*, lib. II, cap. III, pp.193-198.

⁴⁰⁷ È da non confondere che lo *ius civile in lite* non risponda perfettamente al diritto processuale nel senso moderno, ma piuttosto riguarda la «détermination de l'appartenance des différents remèdes juridiques, et surtout de l'action e de l'exception, ainsi que du jeu réciproque de ces remèdes». Cfr. Carlo Augusto Cannata, *Systématique et dogmatique dans les Commentarii iuris civilis de Hugo Donellus*, in «Jacques Godefroy (1587-1652) et l'Humanisme juridique à Genève. Actes du colloque Jacques Godefroy», Bruno Schmidlin e Alfred Dufour (ed.), Bale et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 223.

*praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*⁴⁰⁸) per verificare quali diritti sono attribuiti a ciascuno. Secondo Doneau, la cosa che appartenga giuridicamente a noi (*id quod nostrum cuiusque est*) consiste in due specie: «Est enim, quod vere et proprie nostrum sit; est atiam, quod nobis debeatur. Proprie nostrum voco, quod ita nostrum factum est, ut nulla ex parte sit alterius, et ut nostrum amplius fiat, alterius factum aut traditionem ullam non desiderat. Cuiusmodi sunt, exempli gratia, quae dominii nostri sunt, item iura praediorum ipsis praediis iam imposita et quaesita. Debetur nobis id, ad quod praestandum nobis alius obligatus est. Id priusquam nobis a debitore praestetur, si quidem dare oportet, nondum re vera nostrum est; sed debitor est dominus, et ut in nos transferat, petimus. Verumtamen effectum iuris quodam modo nostrum videtur, quia ad id consequendum actionem habemus»⁴⁰⁹.

A prima vista, la distinzione di queste due specie rispecchia la distinzione tra il diritto reale e il diritto obbligatorio nel diritto moderno, ma in realtà riguarda diverse concezioni. *Quod vere et proprie nostrum est* non solo consiste nelle cose materiali a disposizione del soggetto, ma anche comprende diritti inerenti alla persona, quali vita, corpo, libertà e onore (*Quod proprie nostrum est, id consistit aut in persona cuiusque, aut in rebus externis; ex quo sunt praecepta illa duo iuris distincta, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Quorum prius ad ea, quae sunt personae, posterius ad res cuiusque pertinere, supra diximus, ita ut nostras simul, et nobis debita complectatur*)⁴¹⁰, ovvero l'insieme dei diritti assoluti e intangibili. Nel frattempo il diritto '*debetur nobis*' non è così strettamente collegato con il titolare, come la persona o la proprietà. Si tratta comunque del rapporto giuridico relativo⁴¹¹.

Si sottolinea frequentemente che il sistema di Doneau è incentrato sul diritto soggettivo, poiché tutte le materie del diritto romano vengono ricercate sotto la

⁴⁰⁸ D. 1,1,10,1; Inst. 1,1,3.

⁴⁰⁹ Doneau, *Commentariorum*, lib. II, cap. VIII, p. 229.

⁴¹⁰ Doneau, *Commentariorum*, lib. II, cap. VIII, p. 231.

⁴¹¹ Carlo Augusto Cannata, *Systématique et dogmatique dans les Commentarii iuris civilis de Hugo Donellus*, cit., p. 225.

direttiva della nuova concezione. Doneau è considerato il primo giurista che abbia elaborato il concetto di diritto soggettivo⁴¹². Villey ha precisato che tale diritto consiste nell'istinto naturale di mantenersi e di conservarsi, per il quale si deve difendere la propria vita, sicurezza, libertà, dignità, proprietà e così via. I diritti soggettivi esistono già prima dell'instaurazione della società associata e pertanto vanno riconosciuti e riaffermati dai giuristi⁴¹³. In questo modo, essi costituiscono l'asse intorno al quale ruota l'intero sistema dogmatico di Doneau. Sulla base della tripartizione gaiana, Doneau fece penetrare questa nuova nozione nel sistema e adattò sostanzialmente lo schema gaiano alla cultura umanistica francese. Praticamente Doneau ha già anticipato la dottrina e il dogma elaborati da Grozio e ricevuti dalla Scuola del diritto naturale.

⁴¹² Lauren Pfister, *Doneau*, in *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., p. 257, *ad vocem*.

⁴¹³ Doneau, *Commentariorum*, lib. II, cap. VIII, p. 231: «In persona cuiusque id nostrum est, quod tribuitur personae, id est, quod cuique ita tribuitur, ut is id habeat in sese, etiamsi desint res ceterae externae. Haec a natura cuique tributa sunt quatuor: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. Est quidem incolumitas animi in praecipuis rebus personae habenda: sed haec ad defensionem iuris non pertinet; fortasse ideo, quod nemo ita possit corrumpi, ut non quique suo vitio, et a se videatur corrumpi potius, quam ab alio».

B. Il sistema del *dominium* di Doneau

Nel nono libro dei *Commentarii*, dal *caput* VIII⁴¹⁴ fino al *caput* XX⁴¹⁵ Doneau s'impegnò ad analizzare la natura, le parti integranti del *dominium* e il rapporto tra esso e gli altri diritti reali, quali i diritti posseduti dagli enfiteuti e i superficiari⁴¹⁶. Come si è già esposto, Doneau osservò il *dominium* dal punto di vista soggettivo, o per meglio dire, Doneau prese il *dominium* per la *facoltà* del *dominus*. Doneau mise in evidenza la disposizione del domino sulla cosa e dichiarò apertamente che il dominio non era altro che l'appartenenza stretta e esclusiva della cosa al soggetto: «Dominus rei vocamus eum, cui res ita, ut supra dictum est, quaesita est, atque hoc modo eius facta est, ut esset propria. Unde rem aliquam nostram esse, et rem nobis acquiri, et nos eius rei effici dominus, et eius rei dominium seu proprietatem in nos transferri pro eodem usurpari passim legimus...»⁴¹⁷. Dopo che aveva eloquentemente citato i versi di Ennio e di Cicerone per verificarne l'etimologia, Doneau affermò che, secondo l'uso degli antichi giureconsulti, il termine *dominium* si riferiva al rapporto dominativo fra il soggetto e le cose sia *corporales* che *incorporales*, quindi si può parlare di un *dominium ususfructus* e un *dominium servitutis*⁴¹⁸. In questa maniera usufrutto e servitù sono concepiti come *dominium improprie* e *magis distensive*. Nel frattempo, Doneau non dimenticò di precisare che la consuetudine di parlare del *dominium* delle *res incorporales* risulta dalla similarità che le *res incorporales* recano, invece che dal vero e proprio significato semantico del termine⁴¹⁹.

Il *dominium* di cui è titolare il proprietario, in teoria, deve essere pieno e assoluto⁴²⁰. Ma nella vita giuridica concreta, il *dominium* non può essere sempre così

⁴¹⁴ Doneau, *Commentariorum*, lib. IX, cap. VIII, *In iure rerum privatarum*.

⁴¹⁵ Doneau, *Commentariorum*, lib. IX, cap. XX, *pignus, seu de iure creditoris in impignor.*

⁴¹⁶ Nel sistema di Doneau, gli enfiteusi, i superficiari e gli altri non hanno più il dominio utile, ma piuttosto lo *ius in re aliena* («jam vero in rebus alienis jura quaedam nostra sunt, ut jus vectigalis fundi, seu emphyteutici, jus superficiarium, bonae fidei possessio, servitutes, pignus»). Cfr: *Commentarii*, lib. I, cap. I, *de rerum iure*, V.

⁴¹⁷ Doneau, *Commentariorum*, lib. IX, cap. VIII, *In iure rerum privatarum*, pp. 1193.

⁴¹⁸ *Ivi*, p. 1194.

⁴¹⁹ *Ibidem*: «Verum haec ex similitudine magis, quam res incorporales cum corporalibus gerunt, quam ex proprietate verbi».

⁴²⁰ *Ivi*, p. 1195: «Unius cuiusque domini in re sua ius unum summum est, quod appellamus dominium».

pieno, poiché a volte qualche porzione di godimento viene separata dalla totalità⁴²¹. Per esempio, se l'usufrutto fosse separato dal *dominium*, il *dominus* diverrebbe nudo proprietario; se egli concedesse il fondo in enfiteusi o consentisse a qualcuno di costruire sulla superficie, il suo dominio sulla *res* sarebbe notevolmente diminuito⁴²². In questi casi, si potrebbe anche configurare un *dominium* dell'usufrutto, della servitù prediale e così via. Però, tale espressione sarebbe il risultato di un abuso del termine⁴²³.

Doneau divise il contenuto del *dominium* in cinque *partes* per misurare, nel caso che le facoltà dominative venissero trasferite, quanto sia stato trasferito e quanto sia ancora rimasto al proprietario:

Hoc ius de re libere satuenti natura haec continet atque hoc ordine. Ut enim de re liceat, quod volumus, primum est, ut eam teneamus. Proximum, ut habeamus incolumen. Nam vitatae aut nullus usus, aut non idem, qui integrae. Tertium, ut cum habebimus, ea utamur fruamur pro arbitrio et commodo nostro. Quartum, ut liceat de eius usu concedere aliis, quantum videtur: si nihil videtur concedendum, etiam non utentibus ab eius usu prohibere ceteros. Postremum, si rem retinere nolumus, liceat vel alienare eam, et in quem velimus transferre, vel etiam si libet, perdere..... Quare non dubitabimus quin dominii hae velut partes sint quinque, in quibus hoc ius consistat: ut qui dominus sit rei, idem dominii iure omnes habeat. Prima, ius tenendae et possidendae rei. Secunda, licere incolumen tueri. Tertia utendi fruendique ius. Quarta, ius ab eius usu arcendi quolibet. Postrema, ius alienandi deminuendive⁴²⁴.

Il passo sopra citato non può non ricordarci l'analisi di Baldo in merito al *dominium* della dote della moglie. Baldo aveva riflettuto sulla stessa problematica

⁴²¹ *Ibidem*: «Ex his quaedam imminuuntur interdum, quaedam interdum excipiuntur, quae partim transferuntur in alios, partim etiam non transferuntur».

⁴²² *Ivi*, p. 1197: «Non semper tamen licet domino statuere per omnia, ut velit, de re sua. Saepe haec potestas minuitur iure; neque eo minus dominus est is, cuius ius ita minuitur: veluti cum in re nostra ususfructus alienus est, servitutes impositae... emphyteusis, superficies constituta, pignus constitutum creditori; alienatio rerum interdicta...».

⁴²³ *Ivi*, p. 1196: «Et similiter dominium ususfructus, et dominium servitutum... Sed rarum hoc est: nec unquam dominii verbum sic accipitur, nisi cum nominatur cum adiuncto, ut dicatur dominium proprietatis, ususfructus, servitutis. Sed adiunctum tunc abuti nos verbo dominii declarat: ut cum dicimus fructuarium naturaliter possidere...qui tamen absolute, id est, proprie et vere non possidet».

⁴²⁴ *Ivi*, p. 1199.

suddividendo il *dominium* completo in diverse parti: «Quadruplex est dominium, scilicet vendicationis quo possumus rem vindicare ab alio detinente...; dispositionis, idest de quo possumus disporre 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 domini»⁴²⁵. In questo passo Baldo cercò di fissare gli aspetti più distintivi del *dominium*, poiché sarebbe quasi impossibile esaurire il contenuto. Però, la somiglianza tra i due passi è solo superficiale. Infatti, Baldo fu fermo nel ritenere che il *dominium* fosse una realtà plurale e composta, di cui ogni parte (*dominium vendicationis; dispositionis; plenae possessionis; fruitionis...*), a sua volta, portasse in sé la sostanza del *dominium*. L'uso della cosa (*dominium fruitionis*), in particolare, può incarnare persino un dominio autonomo. Il proprietario è considerato come il *dominus* formale e diretto, che è solo uno dei vari *domini*, anche se egli indubbiamente occupa la porzione preminente⁴²⁶. Doneau, al contrario, sostenne un *dominium* unilaterale e comprensivo. Ogni parte integrante non può essere elevata a livello dominativo, il vero e proprio *dominium* rimane sempre composto dalle cinque parti elencate. Quando qualcuno ottiene *de iure* dei diritti dalla nostra cosa, non è possibile sostenere che egli costituisca il suo *dominium*, consistente nei suoi diritti sulla cosa o su una porzione della cosa, poiché l'oggetto del *dominium* è sempre la *res corporalis*. Così solo il proprietario accede all'ambito del *dominium*, impedendo definitivamente agli altri titolari del diritto di toccare la sostanza del *dominium*.

La messa a confronto dei due giuristi rivela il cambiamento profondo della nozione di *dominium* nel mondo giuridico. Il pilastro che regge il sistema di Baldo è l'utilità, ossia se e quanto la *res* possa servire il soggetto. L'idea naturalistica ereditata dall'Alto Medioevo impose di rispettare le utilità della cosa con massima attenzione e

⁴²⁵ Baldo, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis 1577, ad. l. *In rebus*, C. *de jure dotium* (C. 5, 12, 30), n. 5.

⁴²⁶ Paolo Grossi, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffè, Milano, 1992, p. 28 ss.

di assimilarle *in toto* nella sfera dei *dominia*. A distanza di due secoli, tuttavia, Doneau abbandonò decisamente il punto di vista utilitarista per basare l'edificio sistematico sui diritti. Per Doneau, l'universo delle cose va sottomesso alla volontà umana, poiché le *res externae* rientrano nella sfera di '*quod proprie nostrum est*' e quindi fanno parte del 'mio'. La cosa, come le risorse indispensabili per la conservazione dell'essere umano, diventa idealmente l'espressione estrinseca dei diritti inerenti ad ognuno e giustificati dalla massima giuridica *suum cuique tribuere*. L'avanzamento concettuale risulta evidente: dalla nozione del *dominium* di stampo medievale, si procede verso il *dominium* umanistico. Se il primo è composto dalle utilità funzionali della cosa, il secondo riconosce decisamente le diverse facoltà del soggetto sulla stessa cosa. Il punto di vista è cambiato dalla *res* al *dominus*.

Nel discorso successivo, Doneau segnalò che talvolta succede che delle facoltà siano tolte dalla potestà del *dominus* fino al punto che il proprietario non è più in grado di mantenere l'interesse del suo diritto. Tale incompletezza del *dominium* viene chiamata da Doneau '*immunitio dominii*'⁴²⁷, che andrebbe distinta in due specie: sia che al proprietario venga assolutamente vietato di alienare la sua cosa, sia che l'esercizio della sua proprietà venga condizionato e limitato dai diritti dei concessionari sulla stessa cosa⁴²⁸. La seconda distinzione, infatti, viene qualificata '*ius in rebus alienis*'. Una tale situazione reale non consiste nella propria cosa, ma nella cosa altrui. Di conseguenza, lo stabilimento del '*ius in rebus alienis*' finisce per portare alla diminuzione del *dominium* (*Dixi alterum imminutionis genus esse, cum supeiora iura ita minuuntur, ut quae detrahuntur domino transferantur ad alios, quod genus maxime dominis detrahi apparet. Ideo enim incipiunt haec iura esse aliorum; quia prius dominis erant adempta. Haec vero sunt ea, quae alii, quam domini in rebus alienis obtinent.....quasi hoc loco dominis detracta et imminuta esse*

⁴²⁷ Doneau, *Commentariorum*, Op. cit., p. 1215: «Haec iura, quae dominorum esse diximus in re sua, ita sunt domini cuiusque, et solius domini, nisi si quid in his imminuatur iure, ut in definitione dominii posuimus. Ex his vero quaedam iure imminuuntur».

⁴²⁸ *Ibidem*: «Imminutio genere duplex. Quaedam enim sic adimuntur domino, ut non transferantur ad alios: quaedam ideo; quia in alios conferuntur. Quae transferuntur ad alios, ea sunt iura, quae dicimus cuique competere in rebus alienis».

dixissemus)⁴²⁹. Da tale discorso risulta la differenza più significativa del pensiero di Doneau rispetto alla dottrina medievale. Nella sua sistemazione, non è rimasto nessun spazio ai *dominia* vari e inferiori all'infuori dell'unico *dominium*. Quando si compie l'alienazione a discapito del *dominus*, non significa che la porzione del *dominium* alienata *in alios* crea in questo modo un dominio inferiore, tributario e autonomo, ma vuol dire semplicemente che si attua soltanto un trasferimento dei diritti tra il proprietario e il concessionario, né più né meno. L'attenuazione di quello e l'accrescimento di questo sono solo quantitativi, non qualitativi.

Tra l'altro Doneau distinse cinque tipi di situazioni reali che ottengono qualche diritto '*in rebus alienis*': *ius emphyteuticum*; *ius superficarium*; *ius bonae fidei possessoris*; *pignus*; *servitutes*⁴³⁰. Le prime due, nella dottrina medievale, erano unanimemente considerate come il dominio utile, subordinate al dominio diretto; le altre tre erano pure ricevute dai dottori medievali nella categoria del '*dominium accipitur large*', ovvero del *dominium iuris*⁴³¹. Tuttavia, Doneau rifiutò di aderirci e negò decisamente a tutte e cinque la natura di dominio. A differenza dall'*opinio communis* del diritto comune, lo *ius emphyteuticum* e lo *ius superficarium* sono solo qualificate come i '*dominia proxima*' e '*quasi dominia*'⁴³²; le ultime tre sono quasi fuori dal controllo del proprietario: *a domino longe recedunt*⁴³³. Strappato il tessuto comprensivo e assorbente, respinta la sistemazione consueta e consolidata, Doneau ricostruisce una nuova sistemazione basata sul *dominium*, che è concepito come una realtà esclusiva e corporale. Chiunque costituisca dei diritti sulla cosa altrui non è più riconosciuto come il *dominus*, poiché i suoi diritti sono soltanto *iura in re*, sono di per sé fragili e dipendenti. Infatti, l'esclusività del *dominium* respinge necessariamente tutti gli altri concorrenti, li sopprime e li circoscrive finché non sono cacciati dal territorio del *dominium* (*Interdum habent qui domini non sunt, in rebus quidem*

⁴²⁹ Doneau, *Op. cit.*, p. 1239.

⁴³⁰ Doneau, *Op. cit.*, titolo del capitolo.

⁴³¹ Baldo degli Ubaldi, per esempio, ha enumerato gli *iura realia* che comprendano *dominium*, successione, usufrutto, servitù, ipoteca e pigno. Cfr. *Property Law and Economics*, a cura di Boudewijn Bouckaert, fa parte di *Encyclopedia of law and economics*, Vol. 5, 2010, p. 20.

⁴³² Doneau, *Op. cit.*, p. 1247: «Ex quibus duo priora sunt dominio proxima, et qui ea habent, quasi domini sunt».

⁴³³ *Ibidem*.

privatis, verum alienis... Hoc habent ii, quorum sunt ea iura, quae in rebus alienis a dominio separata constitui solent)⁴³⁴. Ora l'universo immenso dei *dominia* è sostituito dalla terra promessa del *dominus*, dove è delineato nettamente il confine fra *dominium* e *ius in re aliena*.

Sotto questo profilo, non ci si meravigli se Doneau criticasse fortemente la teorica del *dominium utile*. Nel commentare l'enfiteusi, in un passo deciso e fondante, il giurista francese non esitò a esprimere la sua ripugnanza:

Quod si ita est, emphyteuta non est dominus fundi vectigalis seu emphyteuticari. Neque enim duo domini eiusdem rei in solidum esse possunt... Et ne in re aperta argumentis sit opus, diserte scribitur in *l.i.si.ag.vect.* etiam eos, qui a municipibus fundum in perpetuum fruendum et vectigalem acceperunt, in rem quidem actionem habere etiam adversus ipsos municipes; attamen non effici dominos. Quae mihi fuit caussa in quaestione dominii, cur dominio definito non sim usus divisione vulgari, qua dominium dividunt in directum et utile, directum appellantes eius, qui fundum in emphyteusin dedit, aut in suo constituit aliis ius habendi superficiem, seu superficiarias aedes, quia hi habeant his de rebus directam actionem in rem; utile autem dominium emphyteutae, et superficiarii; quia his detur actio in rem utilis. Non recte statuuntur hae dominii species, si emphyteuta et superficiarius domini non sunt. Emphyteutam autem dominium non esse iam ostendi, quod de superficiario multo magis dicendum est, quem constat in alieno solo aedes positas habere, quarum ideo proprietas et civili et naturali iure non potest alius est, quam eius, cuius est solum... Sane possessores et emphyteuticarii patrimoniales, qui fundos ad patrimonium principis pertinentes beneficio principis in emphyteusin acceperunt, dicuntur fundorum esse domini, in *l.possessores.C.de fun.pat.lib.II* (C.11,62,12,1). Sed proprium hoc istorum emphyteuticariorum ius est, eoque nec ad ceteros transferendum... Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea iure dominii: ita tamen, ut ea, quae in nostra possessione positi praestiterint, et in posterum dissolvant. Haec illi, quae ipsos proprie de suis fundis dicere apparet. Et tamen quia excepta pensione et superioribus praestationibus, emphyteuta alius quivis, si modo fundum in perpetuum acceperit, omnia fere iura domini obtinet; fatendum est ius eius esse dominio proximum, et ipsum quasi dominum quemdam esse fundi. Nec aliud interpretes puto sentire, cum huius dominium vocant utile, propter actionem in rem utilem, quae huius dominii nomine competit. Verbo quidem parum apto, et iuris auctoribus

⁴³⁴ *Ibidem*.

incognito; divisione autem ei generi, quod dividunt, nullo modo conveniente: attamen ea sententia, quam dixi, dum significare volunt emphyteutam effectum iuris quodammodo dominum esse⁴³⁵.

La distinzione fra il dominio diretto e il dominio utile, in quanto due *species* del *dominium*, non è affatto corretta, dal momento che gli enfiteuti e i superficiari non sono i *domini*, poiché essi costituiscono i propri diritti sulla *res aliena*. Gli utilisti, nonostante dispongano di una qualche *pars* del *dominium*, possedendo e usando la cosa *ad longum tempus* o in perpetuo con una intensità e potestà sulla cosa che è quasi identica a quella del *dominus* («*Et vero quandiu praestat illa, quae illum praestare oportet, et breviter quamdiu ius emphyteuticum illi salvum est, pro domino est paene omnibus ex partibus dominii, in omnibus his jure domini utitur, quod in eo est, ut de agro vectigali statuere possit, ut velit per omnia non aliter, quam dominus faceret in re sua. Id ex partibus dominii ita liquebit, si eas illi omnes, et remedia harum obtinendarum causa constituta tributa esse animadverterimus. Habet vero emphyteuta haec omnia; ius habendae rei, et incolumis servandae; ius utendi fruendi ita, ut solus uti possit, ut velit; postremo et ius alienandi: qua omnes dominii partes esse supra diximus*»)⁴³⁶, non possono tuttavia usurpare la corona così sublime del *dominus*. Il *dominium* e lo *ius in re aliena*, sul piano concettuale, sono due realtà distanti e differenti. Se nella dottrina e nella mentalità dei giuristi medievali, la situazione reale consistente nell'uso e nel contatto immediato con la cosa può *tout court* incarnare un dominio, nella coscienza umanista di Doneau, l'opinione comune ai bartolisti è totalmente capovolta. Per il giurista francese, l'enfiteuta, pagando annualmente il censo, ottiene dal concedente tutti i diritti prossimi al dominio, ma nient'altro di più («*Constat ius emphyteuticum commodum et onere. Commodum est id, quod emphyteuta accipit, et habet in agro emphyteutico. Onus id, quod pro eo vicissim domino debet praestare. Quantum accipit emphyteuticiarius, tantum est, quod de iure dominii domino decedit. Quantum autem praestare debet domino, tantum est, quod domino relinquatur, praeter ius quod is habet adversus ceteros possessores.*

⁴³⁵ *Ivi*, pp. 1277-1278.

⁴³⁶ *Ivi*, pp. 1260-1261.

Quod emphyteuta accipit, ius est domino proximum»). Per la stessa motivazione⁴³⁷, neanche il superficiario, «*qui superficiem in alieno solo constitutam habet*», è dominus: «*Superficiem, ut ius emphyteuticum, solus recte constituit soli dominus: quoniam et hic solus superficiei est dominus*»⁴³⁸.

⁴³⁷ Doneau, *Op. cit.*, p. 1291: «*ius superficiarum emphyteutico finitimum est. Utrumque in praedio alieno: utrumque domini ius continens*».

⁴³⁸ *Ivi*, p. 1294.

C. La rinnovazione di Doneau: l'opposizione tra *dominium* e *iura in re*

Nel complesso, nella sistemazione di Doneau, i diritti reali sono classificati nettamente e chiaramente tracciati. Una gerarchia dei diritti basati su principi logicamente dedotti si sostituisce alla confusione medievale. All'apice della gerarchia domina l'unico *dominium*, il diritto più assoluto sulla cosa; gli altri *iura in re* sono ridotti ad un piano secondario e insignificante. È opportuno riportare un passo chiarificatore da una ricerca recentissima per afferrare il nucleo del pensiero di Doneau: «En effet, puisque la propriété est un droit exclusif, les prérogatives sur la chose dont peuvent disposer des individus autres que le propriétaire, ne sont pas une autre forme de propriété, mais des droits différents. De surcroît, ces droits différents se situent dans un rapport de subordination au droit de propriété, dont ils découlent. La chose est celle du propriétaire; ceux qui exercent sur celle-ci d'autres prérogatives ne le font qu'avec l'accord du propriétaire sur sa propre chose. Il s'agit donc de droits sur la chose d'autrui, des *jura in re aliena*... les titulaires de ces droits ne sont pas propriétaires de la chose, mais se voient simplement reconnaître une faculté particulière sur une chose qui ne leur appartient pas»⁴³⁹.

Doneau profetizzò la visione degli autori attivi nell'Illuminismo e tracciò precisamente la differenza qualitativa tra il *dominium* e gli *iura in re aliena*. Egli è riuscito a collocare le due categorie su piani concettualmente separati e separabili, e sulla base di ciò ha edificato il suo sistema del *dominium*. Da ciò è germinata la concezione del *dominium* moderna, che consentiva al *dominus*, unico e potentissimo, di salire sul trono della gerarchia e, di conseguenza, circoscriveva definitivamente il fascio degli altri diritti reali sulla stessa cosa. Nella nuova struttura iniziata da Doneau, gli utilisti si vedono non differenti dagli usufruttuari. Un dominio unico, pieno, inseparabile e distaccato dalla concezione medievale fu così costruito alla fine del

⁴³⁹ Xavier Prévost, *La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste*, in *Les piliers du droit civil: famille, propriété, contrat*, sous la direction de N. Laurent-Bonne, N. Pose et V. Simon, Mare & Martin, Paris, 2014, pp. 136-137.

XVI secolo⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Nello sviluppo successivo della concezione del *dominium*, né la nozione romana classica né quella medievale sarà adottata dalla dottrina giuridica moderna. Ad opera del contributo della Scuola giusnaturalistica, l'elaborazione del *dominium*, infatti, s'indirizzò verso una diversa direzione, che finì per la definizione accomodata nell'articolo 544 del *Code Civil* francese: 'La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.' Cfr. André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, pp. 179-195.

Sezione VI. La corrente dei pratici del diritto

§ 1. Lo sforzo dei pratici di consolidare un diritto comune francese guidato dai principi umanisti

Oltre alle due correnti che abbiamo già visto, a partire dalla metà del Cinquecento, con il movimento della consolidazione delle *coutumes* francesi promosso da Christofle de Thou e la messa in rilievo del diritto patrio, è emersa la terza corrente scientifica umanistica di cui fecero parte i pratici del diritto (*les praticiens du droit*)⁴⁴¹. Rispetto alla corrente storica e sistematica, i pratici hanno tratti distintivi particolari. I *praticiens*, ossia gli avvocati, i giudici, i magistrati e gli altri operatori del diritto, data la loro posizione radicata nella vita giuridica concreta, furono più preoccupati del diritto nazionale che del diritto romano. Le istituzioni francesi, le *ordonnances* dei re e le *coutumes* regionali divennero la loro trincea e la loro scena. Essi, ripudiando una giurisprudenza eccessivamente erudita e abbracciando un relativismo concentrato sulla vita giuridica del popolo francese, opponevano il diritto romano a quello francese, poiché solo il diritto francese corrisponde alla disposizione, temperamento e natura dei loro compatrioti. Sensibili alle esigenze di promuovere l'assolutismo regio e l'unità legislativa della Francia, i pratici si sforzarono di raccogliere, riorganizzare e semplificare le *ordonnances* regie e il *droit coutumier* rifiutando la penetrazione e l'applicazione del diritto romano in Francia. Il loro orientamento fu più pratico e realista, meno erudito e teorico. Essi hanno ricevuto e sviluppato l'idea della mutabilità del diritto, nel senso che il diritto varia necessariamente nel tempo e nel luogo così che ogni popolo stabilisce leggi e istituzioni socio-politiche adatte al proprio carattere, natura e predisposizione. Di conseguenza, appare fuori luogo trascurare la tradizione giuridica nazionale per perdersi nel labirinto difficile delle glosse dei giuristi italiani⁴⁴².

⁴⁴¹ Jean-Louis Thireau, *L'Humanisme juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., p. 799 ss, *ad vocem*.

⁴⁴² Nelle sue *Pandectes* Charondas Le Caron ritenne che il diritto francese fosse composto da tutte le parti del diritto universale, di cui la scienza si chiama giurisprudenza, scienza civile o *sagesse*. Una tale giurisprudenza è la parte più principale della filosofia morale, utilissima per la società umana (Cfr. Donald R. Kelley, *Louis Le Caron Philosophe*, in *History, law and the human sciences*, cit., p. 46, n. 52);

Nonostante i pratici fossero generalmente anche esperti degli *studia humanitatis* attingendo risorse dall'indirizzo storico e sistematico, essi furono comunque una scuola indipendente che «ne pouvaient adhérer sans réserve ni à l'historicisme d'un Cujas, ni au systématisme d'un Doneau»⁴⁴³. Infatti, l'evoluzione del punto di vista finì per condurre i pratici a concentrare in modo particolare sullo studio delle fonti consuetudinarie. Nella seconda metà del XVI secolo, l'umanesimo francese ha dimostrato sempre di più una caratteristica radicalmente nazionalista e pertanto anti-romanista in forza dell'influenza della riforma protestante⁴⁴⁴. Il diritto nazionale, che contribuì al consolidamento del potere regio, venne sovrapposto al diritto romano. Dei giuristi, come Étienne Pasquier⁴⁴⁵ e Dumoulin⁴⁴⁶, si sono già sforzati di compilare e commentare le *coutumes* locali, ma altri andavano più lontano. La stessa metodologia utilizzata dagli umanisti fu da loro introdotta per analizzare e sistematizzare il diverso materiale consuetudinario. In realtà, i pratici furono così ambiziosi da ricostruire un vero e proprio sistema consuetudinario, come si è già segnalato: «Or l'humanisme juridique français des juristes praticiens est essentiellement un humanisme qui a amené à se représenter le droit coutumier comme un ensemble, à y chercher des règles générales, à construire un système de droit coutumier susceptible de servir de base à une interprétation juridique pour laquelle tous les principes du droit romain peuvent être valablement utilisés, sans arriver pour cela à déformer le droit coutumier»⁴⁴⁷.

Sotto questo profilo, per i giuristi pratici, le consuetudini francesi dovevano

⁴⁴³ Jean-Louis Thireau, *l'Humanisme juridique*, cit., p. 799, *ad vocem*.

⁴⁴⁴ Jean-Louis Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Librairie Droz, Genève, 1980, pp. 92-95.

⁴⁴⁵ La bibliografia sull'attività scientifica e il pensiero politico-giuridico di Étienne Pasquier: Dorothy Thickett, *Estienne Pasquier (1529-1615), The Versatile Barrister of 16th-Century*, London e York, Regency Press, 1976; Paul Bouteiller, *Recherches sur la vie et la carrière d'Étienne Pasquier, historien et humaniste du XVI^e siècle*, Paris, 1989; M.-F. Renoux-Zagamé, voce *Pasquier*, in *Dictionnaire historique des juristes français*, pp. 611-613.

⁴⁴⁶ Nello sviluppo del diritto consuetudinario francese, il contributo fatto da Dumoulin è certo definitivo. Infatti, durante tutta la vita accademica, egli non solo elaborò la definizione classica del diritto consuetudinario, ma anche combatté contro la diversità degli usi locali e cercò di promuovere una larga unificazione consuetudinaria. Cfr. Thireau, *Charles Du Moulin*, *Op. cit.*, p. 108.

⁴⁴⁷ Michel Reulos, *L'importance des praticiens dans l'humanisme juridique*, in «Pédagogues et juristes. Congrès du centre d'étude supérieures de la Renaissance de Tours: Été 1960», Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1963, p. 121.

essere compilate e esaminate come *droit commun français*, un diritto dotato di validità ed efficacia generale nel territorio francese. Il diritto comune romano, al contrario, fu considerato come un diritto sviluppato dai giuristi italiani da applicare solo in Italia⁴⁴⁸. Essi sostennero con fermezza che il vigore del diritto francese consisteva nei *droits coutumiers* nazionali, nonostante il continuo riferimento al diritto romano⁴⁴⁹. Per conseguire tale obiettivo, i pratici svolsero progressivamente tre attività: ricercare esattamente l'origine delle consuetudini; raccogliere l'insieme delle consuetudini locali *par écrit*, sia vigenti sia desuete; mettere a confronto le consuetudini formatesi in diverse epoche e regioni e dedurne dei principi generali e validi per tutta la Francia ed in grado di risolvere le controversie non previste da una specifica norma consuetudinaria⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ «Rien n'est plus stupide...que ce que viennent dire quelques jeunes gens inexpérimentés, frais émoulus des écoles, répétant les arguments des docteurs italiens: que les statuts doivent faire l'objet d'une interprétation littérale et restrictive pour éviter de porter atteinte au droit commun, auquel il faut toujours avoir recours, suivant lequel il faut toujours interpréter. Cela est bon en Italie, où le droit romain constitue le droit romain...mais cela est faux en France, où nous ne reconnaissons pas ce droit commun... Nos coutumes sont notre vrai droit romain. Parmi les coutumes de France, certaines, il est vrai, sont plus générales que les autres; certaines sont 'princesses', et c'est à elles que dans le doute il faut recourir en même temps qu'aux coutumes voisines. C'est seulement en dernier lieu que nous nous aidons du droit romain, dans la mesure où il est conforme à l'équité et où il s'adapte à l'opération dont s'agit». Cfr. René Filhol, *Le Premier Président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1937, p. 127.

⁴⁴⁹ Il diritto romano giocò soltanto un ruolo supplementare e secondario in quanto l'espressione della *raison*, come la sentenza di Guy Coquille: «.....car nos costumes sont nostre droict civil, de mesme force et vigueur comme estoit à Rome le droict civil des romains, et selon mon advis ceste erreur de comparer nos coutumes aux statuts dont parlent tant les docteurs italiens, car en Italie le droict commun est le droict civil romain..... Mais en la France coutumière le droict civil romain n'est pas le droict commun, il n'a pas force de loy ains sert seulement pour la raison, et nos coutumes sont nostre vray droict civil, pourquoy n'est besoin d'y faire l'interpretation à l'estroict, comme les docteurs italiens font à leurs statuts». Cfr. Guy Coquille, *Institution au droict des français*, Paris, 1611, p. 28.

⁴⁵⁰ La deduzione delle tre attività si ved nella *Préface* della *Bibliothèque des Coutumes* redatta da Berroyer e Laurière nel 1699. Cfr. Michel Reulos, *L'importance des praticiens dans l'humanisme juridique*, op. cit., p. 122.

§ 2. Il *Dominium utile* per i pratici: un istituto *très convenable en l'usage e entièrement tenue en France*

Non è possibile soffermarci troppo sul rapporto tra il diritto consuetudinario francese e il diritto comune romano. È sufficiente rivolgere il nostro sguardo alla problematica che ci interessa. È ovvio che la teorica del *duplex dominium* accogliesse più ampio spazio nelle mani degli umanisti pratici. Il *dominium utile*, malgrado fosse stato inventato dai giuristi del diritto comune medievale, tuttavia, si adattava idealmente alla realtà fondiaria francese nel Cinquecento. Nessuno può negare che si trattasse di un istituto fondiario diffuso in grande parte dell'Europa, in particolare nel territorio francese. I diritti e gli obblighi feudali tra il *seigneur* e il vassallo si mescolarono in una ragnatela aggrovigliata, come Antoine Loisel ha dimostrato nel *titre IV* delle sue *Institutes coutumières*⁴⁵¹. A quel tempo la divisione del *dominium* giocò ancora un ruolo importante negli assetti fondiari, in particolare nel diritto feudale. Guy Coquille, per esempio, ci ha dimostrato il quadro del rapporto feudale ancorato alla terra francese:

...a esté traicté fiefs, esquels l'un se dict seigneur direct, et le vassal se dict seigneur util. Le devoir envers le seigneur direct féodal est personnel et noble, consistant en honneur et service és guerres. Autres heritages sont dont le devoir est appellé roturier, pource qu'il consiste en prestations de deniers, grains et autres especes estimables en deniers. Le plus commun et le plus ancien est le cens, dont la prestation ordinairement est petite, et se paye par recognoissance de superiorité, et non pas pour avoir profit..... Le seigneur censier est réputé avoir seigneurie directe, comme ayant esté le premier seigneur qui en a faict concession sous ceste charge⁴⁵².

Nel mondo feudale, la separazione e la coesistenza delle due *seigneuries* formatesi a partire dall'Alto Medioevo rimasero intatte a prescindere dalle critiche tipiche avanzate dai giureconsulti umanisti. Così il rapporto personale tra il signore e

⁴⁵¹ In cui Loisel ha elencato 101 massime per sintetizzare i principi generali del diritto feudale. Quanto alla composizione e al carattere delle *Institutes*, si veda: Michel Reulos, *Étude sur l'esprit, les sources et la méthodes des Institutes coutumières d'Antoine Loisel*, tesi presentata e sostenuta il 11 luglio 1935, Sirey, 1935, Paris.

⁴⁵² Guy Coquille, *Op. cit.*, p. 96.

il vassallo si trasformava nel rapporto patrimoniale tra il concedente e il concessionario in base al pagamento delle *prestations* e dell'esecuzione dei diversi servizi. Sembra che le critiche al dominio utile dei teorici non tocchino affatto il pensiero dei pratici, che insistettero sulla distinzione tradizionale dei due *dominia* senza sentire qualsiasi imbarazzo. In un commento elaborato da Louis Charondas Le Caron, possiamo leggere la giustificazione precisa dell'uso di tale termine:

Les anciens docteurs et praticiens ont divisé le domaine en direct et utile ou proufitable à l'exemple des actions directes et utiles, laquelle division a esté fort debatüe par les nouveaux iurisconsultes, lesquels pour ceste cause ont mieux aymé définir le fief usufruit. Toutefois elle ne me semble si inepte et ne trouve grande difference de nommer le premier et principal seigneur direct comme celui duquel un autre tient en censive ou emphyteose, et le propriétaire tenant en censive ou emphyteose, seigneur utile car nous lisons que l'emphyteote jouyt des droicts de seigneur l. I D. si ager vect. Et est appellé seigneur in l. Possessores, in fin. C., de fundis patrim. lib. 11. Quant au vassal, puis qu'en France les fiefs sont réduits à l'exemple des autres heritages, il est vray seigneur et tel se peut dire et non usufruitier, ains propriétaire....⁴⁵³

Qui Le Caron ripropone la problematica che riguarda la natura del feudo e arriva ad una conclusione contraria a quella di Cujas. Egli si presentò assai più moderato rispetto ai teorici culti, affermando che il *dominium utile* non fosse un istituto *inepte*. Come giureconsulto immerso nella vita pratica del diritto, Le Caron ha osservato che in Francia la posizione del vassallo era così forte da trasformarlo in vero e proprio *seigneur* del fondo, il che rivela il suo atteggiamento pragmatico e, da qualche punto di vista, rivoluzionario. Quanto i giuristi eruditi quali Cujas, Douaren e Doneau cercarono di disprezzare, diminuire e eliminare il valore teorico del *dominium utile*, tanto Le Caron ne apprezzò il valore pratico e lo accettò generosamente nel sistema feudale. In un altro giurista attento al mondo consuetudinario, Charles Dumoulin, troviamo la stessa motivazione:

⁴⁵³ Loys Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois* (1587), Paris, 1607, l. II, chap. XIX, p. 188.

Secundum communem nostrum modum loquendi aliter quam in iure scripto accipimus istud verbum proprietas, quia de iure proprietas strictius et dominium latius accipitur.... Appelatione enim domini venit omne dominium, sive directum sive utile sive feudale sive emphyteuticum vel superficiarium et etiam dominium iurium...sed proprietas non capitur nisi pro ipso directo dominio...nec ponitur pro utili dominio... Sed apud nos e converso, quia dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli, sed solum dominium suum superius. Vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei. Et hunc solum proprietarium vocamus. Et est ratio, quia dominium utile quandiu durat vincit directum eique praefertur... ad dominum utilem spectat immediata dispositio rei iure domini. Ad dominum autem directum non spectat nisi mediate et remote. Imo non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei, sed solum iuris sui directi et potestatis dominicae⁴⁵⁴.

Charles Dumoulin, il commentatore entusiastico delle varie *coutumes* francesi, in particolare la consuetudine parigina⁴⁵⁵, non provò vergogna nel dire apertamente che *apud nos*, cioè nella prassi fondiaria francese del XVI secolo, il concessionario, che ha a disposizione *potestas* ed *administratio* della cosa, viene elevato a *solum proprietarius* a scapito della superiorità del proprietario formale. Così l'equilibrio delicato tra i due *domini* stabilito dagli interpreti medievali viene rotto violentemente, con il trionfo dei concessionari fondiari rispetto al proprietario formale. È per questo motivo che Dumoulin non ripudiò, ma elogiò espressamente questa invenzione 'magistrale':

Fateor in iure nullum esse textum, in quo dominium vocetur directum vel utile, sed sunt verba magistralia quae non reprobō, sed laudo, quia sunt de mente iuris et ad methodicam doctrinam necessaria, non solum in consequentiam actionis directae et utilis, quae frequens est in iure.....sed etiam de per se, ut unico verbulo absque taediosa et molesta periphrasi,

⁴⁵⁴ Caroli Molinaei *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, in C.M. *Opera quae extant omnia*, Parisiis, 1658, T.I, tit. I, *De fiefs*, in ver. *Les propriétaires et seigneurs*, col. 1181, nn. 1 e 2.

⁴⁵⁵ Charles Dumoulin e André Tiraqueau sono qualificati come «i due giuristi più importanti seguaci sostanzialmente di una linea metodologica con marcata persistenza di bartolismo, ma anche con influsso di carattere umanistico» (Piano Mortari, *Cinquecento giuridico francese*, p. 266). Le parole precise del Piano Mortari svelano la doppia personalità scientifica dei due grandi giureconsulti francesi: tant'è vero che embrambi continuassero a imboccare le strade aperte da Bartolo, adottando la metodologia essenzialmente tradizionale, sostenendo le opinioni dei bartolisti, ma allo stesso tempo, non riuscivano a sfuggire all'onnipresente influenza umanistica. I loro punti di vista, prospettive, formazione culturale e curiosità intellettuali sono senza dubbio ispirati al movimento umanistico, che dava slancio a Alciato, Cuiacio, Connano, Duareno, Donello e agli altri umanisti cinquecenteschi. L'opera di Dumoulin, infatti, «costituisce una tappa di importanza particolarmente rilevante nel processo di affermazione progressiva del diritto nazionale francese» (Vincenzo Piano Mortari, *Op.cit.*, p. 270).

significare possimus quando de utili tantum et non de directo dominio loquimur⁴⁵⁶

In questo passo conciso e significativo, Dumoulin ha dimostrato di avere simpatia per i dottori che avessero usato i termini *dominium directum* e *utile*. I termini non sono affatto scorretti, ma al contrario necessari alla sistemazione dottrinale. Si tratta insomma di una creazione concettuale perfettamente adeguata alla realtà giuridica, e dunque adeguata anche alla *mens iuris*, anche se priva di uno specifico riscontro alle fonti giustiniane. Da ciò risulta come Dumoulin si preoccupasse delle esigenze della funzione pratica dell'interpretazione giuridica, senza cadere nella riflessione puramente erudita. Col frequente ricorso alla terminologia pratica⁴⁵⁷ (*communem nostrum modum loquendi*), il giurista parigino attribuì più volte valore particolare alla prassi giuridica francese, nella quale egli trovò la giustificazione più fondata dell'uso del *dominium utile*. Possiamo dire che Dumoulin, sotto questo profilo, s'accostò ai grandi dottori medievali italiani più che ai contemporanei umanisti. Sono proprio i primi a contribuire a costruire un canone tra il testo autorevole giustiniano e la realtà socio-giuridica del Basso Medioevo tramite la loro *interpretatio*, così affermando il valore pratico insopprimibile della giurisprudenza. Spirito simile caratterizzò la considerazione di Dumoulin. La difesa a favore del *dominium utile*, a prima vista, appare condotta sullo stesso filo concettuale bartolista. Tuttavia, lungi dal replicare semplicemente l'opinione comune medievale, Dumoulin sviluppa la propria argomentazione guardando in modo particolare alla realtà francese senza seguire ciecamente i maestri italiani. La sua aderenza alla tradizione bartolista, o meglio dire, il suo conservatorismo, deve essere valutato sotto il contesto della tendenza a sottolineare sempre più il diritto nazionale francese. Il suo atteggiamento fu notevolmente determinato dalla rivalutazione del rapporto tra il dominio diretto e quello utile, ovvero dalla marginalizzazione del primo e dall'accentuazione del secondo. Dumoulin, in quanto giurista posto all'incrocio di due esperienze giuridiche,

⁴⁵⁶ Caroli Molinaei *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, *Op. cit.*, t. I, tit. II, *De censive*, § LXXVIII, glo. III, in ver. Seigneur censier ou foncier, n. 5.

⁴⁵⁷ È da notare che Dumoulin metta a confronto deliberatamente il *communem nostrum modum loquendi* e lo *ius scriptum* al fine di sottolineare la peculiarità dell'uso condiviso dai giuristi pratici.

non poté non rendersi conto del contrasto tra l'idea rinnovatrice umanista e l'inerzia tradizionale nel campo del diritto, non poté non cercare di raggiungere un equilibrio tra le due tendenze utili a risolvere i problemi giuridici attuali. Come Thireau ha già dimostrato, «l'originalité profonde de Du Moulin, et, sans doute aussi, la principale raison de son succès, réside dans son indépendance, dans son individualisme qui lui ont permis de recueillir en toute liberté à la fois des traditions juridiques séculaires et les nouveautés de son temps, et d'en réaliser une synthèse harmonieuse. L'équilibre entre la tradition, que préservent sa qualité de praticien du droit, ses liens avec le milieu des légistes et des parlementaires parisiens, et les tendances nouvelles, que favorisent les influences humanistes et réformées, forme la caractéristique première de l'oeuvre de Du Moulin»⁴⁵⁸.

Il discorso di Dumoulin ha rivelato una realtà irresistibile: la fissazione della situazione dei due *domini* sullo stesso fondo. Un altro giurista attivo nella seconda metà del XVI secolo e nei primi decenni del XVII secolo, Charles Loyseau (1566-1627) ricercò attentamente il rapporto complicato tra i due *seigneurs* (*directe e utile*) sotto il profilo sia privato che pubblico⁴⁵⁹. Secondo Loyseau, il significato giuridico del *seigneur* può essere considerato in due sensi: *in abstracto* e *in concreto*. Nel primo senso, il *seigneur* si riferisce alla *puissance en propriété*, che comprende due specie: il *seigneur* pubblico e quello privato. Il pubblico consiste nella superiorità e l'autorità sulla persona o sulla cosa, mentre il privato vale la vera e propria proprietà e l'usufrutto attuale della cosa. Infatti, la *seigneurie* privata si dice anche *dominium* in latino⁴⁶⁰. Quanto alla *seigneurie* in concreto, si riferisce alla terra signorile nella quale i due *seigneurs* «se rencontrent, et principalement s'y trouve la publique». Secondo Loyseau, solo una tale *seigneurie* è '*la plus vraie et la plus propre Seigneurie*'⁴⁶¹. Egli

⁴⁵⁸ Thireau, *Charles Du Moulin*, cit., p. 433.

⁴⁵⁹ Altrove, per evitare ambiguità dei termini, Loyseau distinse attentamente la differenza fra *seigneur* e *propriétaire*: «...le seigneur est celui à qui l'héritage appartient, soit qu'il en ait la jouissance et possession, soit que non; le propriétaire est celui qui a la jouissance et possession de l'héritage, soit qu'il en soit seigneur, soit que non; et soit qu'il l'occupe et le tienne, soit que non» (Charles Loyseau, *Traité de deguerpissement et délaissement par hypothèque*, livre II, chapitre II, p. 31, in *Les oeuvres de maistre Charles Loyseau*, Lion, 1701).

⁴⁶⁰ Charles Loyseau, *Op. cit.*, pp. 3-7.

⁴⁶¹ Charles Loyseau, *Op. cit.*, p. 8.

citò pure la contestazione di Bodin in merito alla distinzione tra il dominio diretto e il dominio utile⁴⁶², spiegando che Bodin l'avesse mal compresa, poiché la *seigneurie directe*, invece che la *seigneurie* privata, è soprattutto pubblica⁴⁶³.

Per opera dell'analisi sottile sulla *seigneurie*, Loyseau riuscì a presentare un vasto panorama della situazione fondiaria feudale francese alla fine del XVI secolo e all'inizio del XVII secolo. Entro questo panorama, i diritti spettanti ai *seigneurs* furono vari e variegati, principalmente regolati dall'uso e dalla tradizione, diversi per tempo e per luogo. Il termine *proprietas* veniva sempre più collegato con la superiorità del signore feudale al punto che *seigneurie* e *propriété* sarebbero divenuti sinonimi nel contesto francese⁴⁶⁴. La coesistenza tra la *seigneurie directe* e la *seigneurie utile* fu così radicata nella prassi che Loyseau non la volle affatto respingere o mettere in dubbio. Loyseau non fu interessato a chiedere se questa distinzione fosse autentica storicamente o coerente sistematicamente. Va tenuta in considerazione prima la sua utilità per la società francese. Perciò, egli affermò apertamente che la distinzione tra le due *seigneuries*, che non era espressa dal diritto romano, risultasse «*très convenable en l'usage e entièrement tenue en France*»⁴⁶⁵. Non possiamo trovare migliore espressione per spiegare l'uso diffuso del *dominium utile* da parte dei giuristi pratici francesi.

⁴⁶² «...que Bodin se méprend, quand il dit que les romains n'ont point reconnu de Seigneurie publique, et encore plus quand pour prouver cette proposition, il dit que ces mots dominium directum et utile, ne se trouvent point dans le corps de leur droit» (Charles Loyseau, *Op. cit.*, p. 7).

⁴⁶³ Charles Loyseau, *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁶⁴ Laurent Pfister, *Domaine, propriété, droit de propriété*, cit., pp. 322-323.

⁴⁶⁵ Charles Loyseau, *Traité de deguerpissement et delaissement par hypothèque*, livre I, chapitre V, p. 13, in *Les oeuvres de maistre Charles Loyseau*, cit.

Conclusione del capitolo

Abbiamo già esposto quante polemiche fosse state rivolte contro il dominio utile nel corso del XVI secolo, e quante critiche questa costruzione avesse subito. Si discusse largamente intorno all'origine, natura, contenuto e fondatezza di questa teorica, le opinioni dei giuristi umanisti furono spesso discordanti o contraddittorie. Malgrado tutto, fu comunemente affermato che il dominio utile, mancante nel *Corpus iuris*, era nato dall'opera interpretativa dei giuristi medievali. Dai *recentiores*, il dominio utile fu, a ragione, considerato come una delle invenzioni più scandalose e artificiose del Medioevo, poiché con esso arbitrariamente veniva violato il principio del diritto romano (*duo non possunt esse domini ejusdem rei in solidum*)⁴⁶⁶, generando così la confusione concettuale tra il *dominium* e gli altri diritti reali. Se la distinzione dei due *dominia* nelle glosse e nei commenti medievali fu considerata come l'istituto imposto dal diritto dei popoli⁴⁶⁷, tuttavia, nelle critiche più radicali dei giuristi umanisti, una tale distinzione non è altro che *somnium*⁴⁶⁸ o *faex*⁴⁶⁹. Il dominio utile costituisce così lo spartiacque tra le due esperienze giuridiche.

Però, come abbiamo ricordato e osservato nelle tre correnti principali dell'umanesimo giuridico francese del Cinquecento, non pochi giuristi si limitarono all'approccio critico, bensì cercarono di giustificarlo con una posizione più imparziale. Giuristi umanisti, come Jean de Coras⁴⁷⁰, Baron e Dumoulin, hanno dimostrato

⁴⁶⁶ Barthélemy de Chasseneuz, *Consuetudines Ducatus Burgundiae fereque totius Galliae commentariis*, Lugduni, 1552, col. 1394: «Et sicut servitus servitutis esse non potest, nec talis invenitur, ita etiam non invenitur utile dominium utilis domini, quia duo in solidum possidere non possunt, nec duo domini directi aut utiles esse possunt, notatur in l. si ut certo. §. si duobus vehiculum».

⁴⁶⁷ Glossa, ad *dominia distincta*, ff. lib. I, tit. I, l. *ex hoc iure*: «Et si dicatur, omnia sunt communia iure naturale expone, idest, communicanda, sed responde etiam tunc quando haec praecepta divina dabantur Moysi a Deo, erat ius gentium, et secundum illud dicebatur aliquid meum, nam cum essent gentes iam coniunctae, erat ius gentium, ut Instit. de rerum divisione. §. singulorum».

⁴⁶⁸ Marc Antoine Muret, *Epistolarum [volumina duo]*, in M. Antoinii Mureti..... *Oratines, epistolae et praefationes*, T. II, Roboreti, 1727, Vol. II, epist. LII: «Dominium directum et utile nusquam a iurisconsultis, nusquam ab Imperatoribus nominantur, sed commenta ac somnia sunt eorum, qui, obscurando et ineptiis suis contaminando iure civili, sibi se acuminis et eruditionis laudem quaesituros putarunt».

⁴⁶⁹ Hermann Vultej, *In Institutiones juris civilis a Justiniano compositas commentarius*, (1958), Marpurigi, 1605, in lib. II, tit. I, pr., n. 24: «...distinctio illa domini directi et utilis iurisprudentiae sinceriori non est consentanea, sed promanavit illa ex fecibus posteriorum saeculorum».

⁴⁷⁰ Coras insistette sulla distinzione dei *dominia* fatta da Bartolo e sulla differenza sostanziale tra il *dominium* e la *proprietas*. Cfr. Jean de Coras *Opera omnia*, Clementis Bergeri bibliopolae, 1603, In §. *Nihil commune*. l. *Naturaliter*, ff. *De acquirenda possessione, summa rerum*, n. 9 (*dominium quid est*): «Tempestivum autem est, ut

profonda comprensione e atteggiamento flessibile nei confronti del dominio utile. Essi richiamarono a volte la definizione bartoliana e affermarono la legittimità di dividere il *dominium* in due specie. Diversamente dai denigratori della tradizione giuridica italiana, fra i *recentiores* francesi, i difensori del dominio utile rappresentarono un altro aspetto dell'umanesimo giuridico francese del Cinquecento, ossia la tendenza a conciliare l'idea umanista e le esigenze attuali e di servirsi del frutto più creativo della Scuola italiana al di sopra delle divergenze profonde tra *mos italicus* e *mos gallicus*. L'*interpretatio* medievale non appare loro scorretta o inutile, ma al contrario, da valutare con spirito flessibile e pragmatico. L'interesse dei concessionari fondiari, il valore delle *coutumes* francesi e la tradizione forense e universitaria continuano a giustificare l'uso del *dominium utile*. Proprio per questo appare opportuno concludere il capitolo con l'enunciazione di Jean de Coras:

Dominium partiri solent ita interpretes, ut aliud sit directum aliud utile. Et utile duplex, alterum quod opponitur, contradicit et veluti in faciem resistit directo, quale est illud quod ex praescriptione quaeritur... Alterum quod directum recognoscit, quale est illud quod emphyteuta, superficiarius et si qui similes sunt habet... Nec defuerunt veteres, qui hanc domini divisionem negarent, unicum tantum dominium esse contendentes, quos refert et improbat Bartolus... Nec nos sequimur. Quamvis enim verum sit verba haec directum et utile dominium apud iurisconsultos nusquam legi, traditionis tamen familiaris gratia hoc loquendi modo uti non recusabo. Cum enim duplex esse dominium fateri cogamur, et ego nunc revincam in haec verba directum et utile dominium directae et utilis actionis exemplo facillime concedam. Aliquando tamen placuit, iurisconsultorum verbis proprius inherendo dominium quod utile vocamus, Ulpiani exemplo qui simile ius servitutis et possessionis quasi servitutem et quasi possessionem dixit...quasi dominium dicere. Nam proprie et significanter dominium dici non potest... Sed ad rem. Emphyteuta est dominus, d.l. Possessores, unde et servos ascriptitios manumittit, quod solis dominis conceditur... Concedens autem

quid sit dominium, quid item proprietas, videamus. Neque enim quid sit proprietas, nisi prius quid sit dominium, facile est intelligere. Dominium (ut primum repetamus) nihil aliud est, quam ius quo res mea est... aut si mavis definire cum Bartol. est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur... Id autem duplex est: nam aliud directum, quod verum, proprium, et principale dominium est, l.si finita. § si de vectigalibus. ff.de dam.infect.authent.si vero dominus.de haeret.C. Aliud est utile. Hoc autem familiariter docentes subdividunt. Quoniam aliud est recognoscens directum, quale habent emphyteutae, vassalli, et superficiarii. Quoddam vero est, quod opponitur, adversatur, et contradicit directo, et hoc est, quod quaeritur ex praescriptione, ex qua secundum crebram Doctorum opinionem, quaeritur utile duntaxat dominium»; n. 10 (*quid proprietas*), p. 934: «Vera ergo inter proprietatem, et dominium differentia est. Quia dominium terminus magis latus comprehendit directum, et utile a directo separatum. Proprietatis autem significatio nuda est, et stricta, utpote quae nunquam nisi directum dominium significet».

rem in emphyteusim, dominus permanet..., igitur duo dominia sunt, cum idem dominium apud duos esse non possit... Eodemque ratiocinandi modo uti possumus in cliente seu vassallo et domino: cum uterque dominium habeat... Deinde cum dicant iurisconsulti directam et utilem servitutem...et actionem directam utilemque...cur non pariter dominium directum et utile dicere possimus non plane video⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Ioannis corasii.... *Miscellaneorum iuris civilis libri septem* (1549)...., Coloniae Agrippinae, 1590, lib. VI, caput XX-*De directo et utili dominio et verum non esse quod frequenti sermone usurpatur, praescriptione non quaeri directum dominium*, n. 2.