



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Laura Solidoro

Editoriale

Numero XIV Anno 2021

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Editoriale

‘Invenzioni’... Da quando Aldo Schiavone, (*Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*², Bologna, 2005, 2017) e Paolo Grossi (*L’‘invenzione’ del diritto*, Roma-Bari, 2017) hanno avviato una rilettura organica di larghi squarci della storia del diritto – antico e moderno – alla luce della categoria della ‘invenzione’, sembra proprio che la nuova letteratura storico-giuridica, dopo un lungo periodo dedicato alla ricerca – poi divenuta quasi estenuante – di cesure e discontinuità, abbia orientato i suoi interessi verso l’orizzonte delle ‘invenzioni’. In questa prospettiva sembra porsi anche il recentissimo studio di Cesare Salvi su *L’invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici* (Venezia, 2021), riedizione profondamente ripensata di un libro comparso nel 1994.

Ma considerata l’ampia polisemia del lemma ‘invenzione’ – come meglio si dirà più avanti –, il problema più immediato che si pone al lettore delle opere appena citate è quello di comprendere con esattezza il senso che al lemma medesimo intendono conferire gli Autori: creazione o semplice disvelamento?

Si tratta di una questione semantica agitata da tempo negli ambienti poetici e letterari. Giovanni Pascoli, contrapponendo l’invenzione/creazione alla scoperta/disvelamento, nel capitolo VI del suo saggio di poetica *Il fanciullino* affermava che l’originalità del pensiero non dipendeva dalla assoluta creazione, ma dalla capacità di riscoperta, di maturazione e riflessione critica su ciò che è stato esperito nel corso del tempo: «Il nuovo non s’inventa: si scopre»*. In tempi a noi più vicini, ben diversamente Andrea Camilleri, invocando l’etimologia di ‘*invenire*’ nella lingua latina, ha impostato un suo romanzo storico (*Inseguendo un’ombra*, Palermo, 2014) sulla base del seguente interrogativo retorico: «[...] Invenzione non viene da *invenire*, che in latino significa riscoprire, ritrovare?».

Dai contesti poetici e letterari, la riflessione sul senso con cui si impiega il vocabolo ‘invenzione’ si è poi trasmesso alla materia giuridica. A Paolo Grossi è parso di potere trarre lo spunto, per ricondurre la

questione linguistica in oggetto al campo del diritto, da Cass. SS. UU. 25 gennaio 2017, n. 1946, rel. Alberto Giusti, con cui è stata decisa una questione sorta con riguardo a un parto anonimo e al diritto del figlio alla conoscenza delle origini**. La S.C. si è pronunciata posteriormente alla sentenza 22 novembre 2013, n. 278 (sentenza additiva di principio), con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato la illegittimità dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui non prevedeva il diritto del figlio a provocare la possibile revoca della scelta del segreto e, pur riaffermando il fondamento costituzionale del diritto all'anonimato della madre, rinviava al legislatore per la necessaria disciplina di dettaglio e per la introduzione di apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non volere essere nominata. Nel 2017, Cass. SS. UU. ha rilevato la rimozione dall'ordinamento della norma che escludeva l'interpello della madre ai fini dell'eventuale revoca – a seguito, appunto, della sentenza 22 novembre 2013, n. 278 della Corte costituzionale – ed ha affermato che, per conseguenza, il giudice non può negare tout court al figlio l'accesso alle informazioni sulle origini per il solo fatto che la madre naturale dichiara, al momento del parto, di volere restare celata dietro l'anonimato. Rilevando altresì come, per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale del 2013, la disposizione dell'art. 28, comma 7, abbia subito un'addizione normativa, avente ad oggetto il principio della possibilità per il giudice di interpellare la madre, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca della dichiarazione di non volere essere nominata, la S.C. ha ritenuto in tale modo fissato un punto di equilibrio tra la posizione del figlio adottato e i diritti della madre ed ha affermato che «la riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria, al livello cioè delle fonti del diritto: come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo – costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore – di organo chiamato, non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, di cui è parte anche il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale con la

sentenza additiva, e così a ricercare, in chiave di effettività, nel momento applicativo, un punto di saldatura tra quel principio, i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti».

In altri termini, secondo la S.C. la circostanza che la pronuncia di incostituzionalità del 2013 abbia segnato l'addizione di un principio senza introdurre regole di dettaglio self-executing circa le modalità del meccanismo procedimentale aggiunto, da definirsi da parte del legislatore, «non esonera gli organi costituzionali ... dall'applicazione diretta di quel principio, né implica un divieto di reperimento dal sistema delle regole più idonee per la decisione di casi loro sottoposti ... Il reperimento, in via giurisprudenziale, dal quadro normativo generale esistente e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, della regola del caso suscettibile di permettere un séguito integrativo dell'ordinamento lacunoso in attesa dell'intervento legislativo, deriva anche dalla necessità di ricercare una coerenza con la piena attuazione dei diritti di matrice convenzionale e di interpretare, in quest'ambito, il diritto interno in senso conforme alla CEDU e alle pronunce della Corte europea».

Questo richiamo al 'reperimento', ossia alla capacità, o per meglio dire al precipuo compito del giudice di trovare la disciplina più efficace nel contesto della questione controversa, ricercandola all'interno del sistema giuridico nel suo complesso, e dunque questa ricerca e questa 'scoperta' del diritto da applicare si collegano – secondo Paolo Grossi – al significato antico delle parole latine *invenire* e *inventio*, che indicano il cercare per trovare qualcosa: 'reperire', appunto. In questi termini, il citato passaggio della sentenza in oggetto è stato commentato da Paolo Grossi nell'ambito della sua *Lezione inaugurale* dei corsi di formazione della 'Scuola Superiore della Magistratura' per l'anno 2017, intitolata *La 'invenzione' del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, e contestualmente adottato quale base di ricerca e chiave di lettura dell'attività giurisdizionale e dei caratteri della funzione demandata al giudice-interprete, nel suo – già sopra citato – più ampio saggio pubblicato, sempre nel 2017, in veste monografica. Qui, nel gettare uno sguardo anche retrospettivo sulla civiltà giuridica occidentale, e richiamando suoi precedenti studi (Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007; 2a

ed. 2016), Grossi sottolinea come il diritto, che nella modernità giuridica disegnata dalla civiltà borghese dell'Europa continentale si propone in veste di mera 'creazione' dello Stato, costituisca invece oggetto di 'invenzione' (*scil.* 'disvelamento') durante l'intero percorso formativo del diritto romano, nonché nelle visuali – vecchie e nuove – del common law, in quanto ordinamenti entrambi alieni dal concepire il 'giuridico' come legato ad una visione autoritaria e discendente da un comando piombante dall'alto su una società chiamata unicamente all'obbedienza. In questi sistemi c.d. aperti, il giurista 'inventa', cioè disvela il diritto sulla base del nesso genetico sussistente tra società e diritto, in una prospettiva rigorosamente storicista.

Grossi dunque è molto chiaro: il significato attribuito alla locuzione 'invenzione del diritto' viene enunciato nelle premesse dei suoi studi ed applicato con coerenza all'interno della trattazione.

Meno chiaro, per contro, si palesa il significato del richiamo al medesimo lemma operato da parte di altri Autori e per conseguenza potrebbe opinarsi che soffrano di una certa nebulosità alcuni punti delle ricostruzioni storiche che su tale concetto di 'invenzione' fanno leva.

È il vocabolo 'invenzione', d'altronde, ad essere intrinsecamente ambiguo. Perché se, da un lato, 'invenzione' deriva dal latino tardo *inventare*, frequentativo di *invenire*, che significa 'riscoprire', 'ritrovare', dall'altro lato l'invenzione, nel lessico comune (adoperato da Pascoli, per esempio), indica genericamente piuttosto l'escogitazione di qualcosa di nuovo, la creazione mediante immaginazione, oppure in modo più specifico l'ideazione, a seguito di studi, esperimenti o calcoli, di qualcosa che prima era inesistente, soprattutto di oggetti utili, che agevolino il lavoro e la produzione, contribuendo al progresso dell'umanità. Il termine 'invenzione' rimanda dunque al momento finale, al compimento di un processo fantasioso, dal quale neppure sono esclusi profili illusori e menzogneri: si 'inventano' anche cose immaginarie, che si tenta di spacciare per vere. 'Invenzione', nel linguaggio corrente, è perciò – nei più diffusi dizionari della lingua italiana, tra cui il Devoto Oli, il Treccani, lo Zanichelli – abitualmente diversificato, se non contrapposto, a 'scoperta', vocabolo che attualmente si usa per qualificare il trovare o ideare qualcosa che già esisteva ma era ignoto. 'Inventare', insomma,

riguarda ciò che non esiste ancora, mentre ‘scoprire’ riguarda ciò che (c’è, ma) non conosciamo ancora; accezione, quest’ultima, che invece sul piano etimologico attiene piuttosto all’‘invenzione’.

A tale riguardo, una certa promiscuità si riscontra nel lessico giuridico codicistico: il legislatore italiano del 1942 si pone lungo il solco della tradizione nel punto in cui correttamente adopera il termine ‘invenzione’ in materia di ritrovamento dei beni mobili smarriti (artt. 927-933 cod. civ.), mentre per quanto concerne il ritrovamento del tesoro, con precisione minore ricorre al verbo ‘scoprire’ (art. 932 cod. civ.: ...Se il tesoro è trovato nel fondo altrui, purché sia stato scoperto per solo effetto del caso, spetta per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore), laddove i Romani qualificavano la ‘scoperta’ del tesoro, con encomiabile rigore linguistico, come *inventio thesauri****. Considerato però che l’art. 932 rientra nella sez. I del capo III, si può ritenere probabile che il legislatore intendesse comunque attribuire al verbo scoprire il significato di *invenire*.

Per altro verso, occorre ammettere che l’accostamento della parola *inventio* all’idea di assoluta creatività non risulta del tutto estranea alle fonti classiche, così come il greco *eurisko* è idoneo ad indicare tanto il ritrovamento, tanto l’escogitazione innovativa. La venatura anfibologica può farsi risalire alla retorica latina, in cui l’*inventio* (corrispondente al termine greco *heuresis*) costituiva la prima delle operazioni spettanti all’oratore, ovvero il concepimento della materia e la selezione degli argomenti utili a sostenere la propria tesi; dunque, secondo quanto affermava Cicerone nel *De inventione*, essa consisteva nell’escogitare gli argomenti validi (o apparentemente validi) per rendere probabile la propria causa****. Con il *De Inventione* e con la *Rhetorica ad Herennium* la dottrina dell’*inventio* venne inclusa tra le *artes dictaminis* e poi, nel Medioevo, entrò a fare parte delle ‘arti poetiche’, assumendo particolare importanza per la prima sua parte, ovvero l’*exordium* (*salutatio* nelle epistole, mentre nella poesia ‘proemio’ e vari modi di esordire). È dunque questa la ragione per cui Dante, nel *De vulgari eloquentia*, ricorre ai termini *inventor* e *invenire* tanto nel senso di ‘trovare’ (*de vulg. el.* I.XI.3; II.XIII.5), tanto per significare ‘escogitare qualcosa di nuovo’ (I.X.2). In *Vita Nova* XIX.I, il Poeta afferma di avere a lungo riflettuto prima di

‘invenire’ il *cominciamentum*, cioè l’*exordium* della nuova canzone: materia dell’*inventio* (*subiectum*) divengono quindi *Salus*, *Venus* e *Virtus*****.*.

Torniamo allora allo studio della storia del diritto ‘per invenzioni’. Attesa l’ambiguità semantica insita persino nell’*invenire* latino antico e alto-medioevale, come sopra accennavo, è inevitabile che non sempre gli odierni giuristi e storici del diritto assumano il concetto di ‘invenzione’ nel suo primigenio e prevalente significato di ‘disvelamento di ciò che già esiste’. Aldo Schiavone, per esempio, nel suo ‘*Ius*’. *L’invenzione del diritto in Occidente* ribadisce che i giuristi romani non si possono considerare soltanto dei sapienti, o degli scienziati del diritto, essendo stati, di questo, i più importanti ‘costruttori’ e ‘produttori’: il diritto occidentale fu perciò una forma ‘inventata’ (creata?) dai Romani. Eppure, al tempo stesso, lo Studioso napoletano non manca di sottolineare, opportunamente, che la regola giuridica si palesava all’epoca come ‘atto di conoscenza’, non atto di volontà, in quanto risultato di una operazione conoscitiva razionalmente controllabile in ogni sua fase, sottratta all’arbitrio personale e al dominio politico. E si pone sulla stessa lunghezza d’onda di Paolo Grossi, sottolineando come nei c.d. sistemi aperti i giuristi ‘trovano’ il diritto nelle pieghe della società, dei suoi valori, della sua storia.

Un tema storico con riguardo al quale la parola ‘invenzione’ sembra invece usata in modo più chiaro, univoco e ricorrente per significare la creazione arbitraria, e persino menzognera, è quello della proprietà privata, istituto di cui si tende oggi – concordemente e correttamente – a negare l’esatta e diretta derivazione dal modello romano classico e giustiniano. Ma forse, almeno a mio avviso, lo si nega con accenti troppo radicali.

Aldo Schiavone, ancora nel suo ‘*Ius*’. *L’invenzione del diritto in Occidente*, parla della proprietà privata moderna, assoluta e inviolabile, come di un prodotto del «diritto romano-borghese» (p. 16), frutto di una lettura forzata e deviata delle fonti romane; e ultimamente Cesare Salvi, ne *L’invenzione della proprietà*, se da un lato sottolinea l’eternità dell’aspirazione umana all’appropriazione individuale, stigmatizzandola (un «male oscuro alle origini della storia»: p. 63), ricorre al termine ‘invenzione’ nel riferirsi alla nozione assoluta e unitaria della proprietà

moderna, e riconduce l'origine di questa figura giuridica, consacrata all'art. 544 del Codice Napoleone, ad una operazione di creazione e, al tempo stesso, di travisamento dei modelli precedenti. Per Salvi, da sempre eccellente studioso dei temi proprietari*****, la proprietà dei moderni – cioè la forma di appropriazione di beni e risorse caratterizzata dal potere tendenzialmente illimitato del proprietario – costituirebbe una «grande demarcazione», una novità rivoluzionaria, rispetto al precedente assetto giuridico dei beni.

In questo senso, la proprietà sarebbe stata 'inventata' tra il Seicento e l'Ottocento, con forme e modalità diverse, dapprima in Inghilterra e Olanda, poi in Francia e in Germania. Salvi – sulla scia di un cospicuo filone di studi – individua i tratti più drastici della rottura con il vecchio sistema nella scienza giuridica francese. Pothier e gli autori del Code civil, accogliendo le istanze della borghesia, proclamarono una nozione di proprietà idonea a liberare la terra dai vincoli del feudalesimo e destinata a segnare il ritorno alla migliore esperienza del passato, cioè alla nozione di proprietà tramandata dalla compilazione giustiniana: la Rivoluzione aveva abolito i diritti feudali a partire dal 1789 e il risultato fu sistemato in modo definitivo nel Code all'art. 544 (ancora in vigore), che ha attribuito al proprietario il potere di disporre dei suoi beni 'nella maniera più assoluta'. Diversa fu la strada seguita in Germania – avverte Salvi –, dove la Scuola Storica e la Pandettistica partivano dalla premessa che il diritto romano dovesse ancora svolgere la funzione di base giuridica comune a tutti gli stati tedeschi e, più in particolare, che dal diritto romano si potesse desumere un modello di proprietà fondato sul potere di affermazione della volontà individuale, in aderenza all'allora imperante dogma del volontarismo.

Il quadro tracciato da Salvi è, con tutta evidenza, perfettamente informato alle più recenti acquisizioni delle scienze storico-giuridiche. Ciononostante, a margine delle correttilissime asserzioni dell'insigne studioso leccese è forse opportuno insinuare qualche elemento di dubbio e svolgere differenti considerazioni, che potrebbero, nel loro complesso, modificare alcuni profili del quadro d'insieme tracciato dal nostro Autore.

Innegabile è che la definizione del diritto di proprietà, del tutto assente nelle fonti romane, sia stata una vera e propria creazione degli interpreti medioevali e dell'età moderna, realizzata mediante una plurisecolare operazione di letture forzate e deviate delle fonti romane. Ed altrettanto fuori dubbio è che tali interpretazioni distorte dei testi giuridici romani siano state assunte da Pothier e dai legisti francesi al fine di coniare la celebre formula oggi all'art. 544 del Code, peraltro poi non di rado attribuita – del tutto erroneamente – alle fonti del diritto romano*****.

Ma occorre tenere ben distinti i profili descrittivi dai tratti effettivamente caratterizzanti l'istituto. La circostanza che nei testi giuridici romani non risulti definito in modo chiaro ed esplicito il diritto di proprietà (e tanto meno nei termini in cui esso risulta descritto all'art. 544 del Code) non consente di escludere tout court che i Romani avessero della proprietà privata una nozione affine a quella scolpita nei moderni codici europei. In altri termini, ci si deve chiedere su quali basi si consideri lecito affermare che la proprietà dei legisti francesi, la proprietà borghese, la proprietà delineata e disciplinata dalla pandettistica tedesca – poi confluite nelle definizioni di quasi tutti i codici europei del Novecento – siano il frutto di una vera e propria 'creazione', soltanto apparentemente e artatamente derivata da una pregressa esperienza storica. Ne consegue l'opportunità di verificare anche quanto di effettivamente 'nuovo' sia individuabile nel fenomeno – richiamato da Salvi – del c.d. neoproprietarismo, termine coniato da Thomas Piketty, in *Capital et idéologie* (Paris, 2019), per qualificare il capitalismo contemporaneo, in quanto caratterizzato da un ritorno all'idea originaria (ma, sarebbe appunto il caso di chiedersi, lockiana o piuttosto romana?) della libertà proprietaria come potere assoluto. Si tratta di un fenomeno di dimensioni imponenti e globali, che, se da un lato nel contesto europeo ha meritoriamente richiamato i legislatori nazionali al rispetto della proprietà privata da parte delle pubbliche amministrazioni (per quanto concerne la materia degli espropri e la quantificazione degli indennizzi)*****, per altro verso ha prodotto assai discutibili ricadute sulle scelte valoriali di alcune categorie sociali e professionali, che sono oggi sotto gli occhi di tutti. Di fatto, il

‘neoproprietarismo’ emergente dal nuovo diritto europeo – che ha ricostituito la connessione lockiana tra proprietà e libertà, guardando alla proprietà come a un diritto di libertà e a un presupposto della realizzazione del diritto di autodeterminazione – e segnatamente dalla giurisprudenza delle Corti Europee, nell’arco di pochi anni si è affermato nei diritti interni con una forza talmente dirompente da avere in breve tempo obliterato la ‘funzione sociale’ della proprietà, rivendicata *in primis* dai politologi francesi e dalla dottrina sociale della Chiesa, e poi affermata dalla nostra Costituzione. Ebbene, è condivisibile l’opinione secondo cui ci troviamo di fronte ad un fenomeno politico/culturale riconducibile soltanto alla ‘creazione’ moderna del modello proprietario scolpito nell’art. 544 del Code? Il neoproprietarismo è davvero figlio di quella ‘invenzione’?

La questione che mi sembra da considerare ancora aperta, insomma, è se davvero la nostra proprietà, la proprietà dei moderni – cui si richiamerebbe il neoproprietarismo – sia una ‘invenzione’ (nel senso di ‘creazione’) relativamente recente. E la risposta a questo interrogativo non può che arrivare da una lettura molto estesa dei dati storici.

Non vi è dubbio che la proprietà moderna continentale (con esclusione di quella austriaca, ancora ancorata allo schema del dominio diretto e utile: § 357 ABGB) sia lontanissima dall’esperienza medioevale del dominio diviso, e che anzi costituisca la drastica reazione ad esso. Va altresì subito sottolineato che tale dato storico – la lunga esperienza del dominio diviso – decisamente esclude la possibilità di immaginare l’esistenza di una figura unitaria e assoluta della proprietà che abbia campeggiato incontrastata e incontaminata, in modo perpetuo e incessante, attraversando i secoli e i millenni senza soluzione di continuità.

In secondo luogo, è del pari fuori discussione che l’antico *dominium* romano non fu mai del tutto esente da limiti e vincoli di vario genere (introdotti da disposizioni su distanze e altezze degli edifici, dalla disciplina dei rapporti di vicinato, dall’imposizione tributaria etc.): il mito dell’individualismo proprietario romano è stato sfatato, nei suoi vari aspetti e profili, su solida base testuale, ormai da tempo*****. Risponde altresì al vero che i Romani – come già qui ricordato – non

coniarono alcuna definizione generale del diritto di proprietà; circostanza, questa, probabilmente tutt'altro che casuale e legata alla comparsa, tra II sec. e I sec. a.C., di due nuove forme di appartenenza dei beni – l'*in bonis habere* e la c.d. proprietà provinciale – di cui comunque il *dominium* restò sempre paradigma e termine di riferimento (vd. Gai 1.54; 2.7; 2.40-41). La 'divisione' analizzata da Gaio dimostra comunque che neppure all'interno dell'esperienza giuridica romana il *dominium* costituì sempre l'unica forma di appartenenza proprietaria. In definitiva, la proprietà romana non fu mai illimitata, e per molti secoli non fu nemmeno assoluta. Eppure, al tempo stesso non si possono sottovalutare i tanti dati che depongono per l'effettiva operatività di un concetto assoluto, unitario e tendenzialmente illimitato della proprietà privata, quanto meno fino al I sec. a.C. e poi, nuovamente, nel diritto giustiniano.

Per convincersi dell'effettiva esistenza, nell'antica Roma, di uno schema proprietario rispondente ai connotati dominicali dell'assolutezza e della esclusività è sufficiente richiamare la solenne affermazione di potere, *meum esse aio*, cui erano tenuti i contendenti in rivendica (Gai 4.16; Cic. *pro Mur.* 12.26), nonché quanto risulta da Livio (60.51) e dall'*Edictum Venafranum* (404-407, n.1), circa la facoltà dei proprietari fondiari di bloccare i lavori di costruzione dell'acquedotto pubblico, affinché nessuna conduttura passasse lungo i fondi privati, e infine la limpida descrizione gaiana delle originarie caratteristiche generali del diritto di proprietà (Gai 2.40: ... *Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium...*). Mentre, sulla perdurante percezione, da parte degli antichi, della centralità del *dominium ex iure Quiritium* nell'ordinamento sociale e giuridico romano (anche dopo la *divisio* subita dal dominio per l'introduzione pretoria della tutela publiciana) risultano eloquenti da un lato le affermazioni di Cicerone (*de off.* 2.73), secondo cui *res publica* e città furono costituite appunto perché ciascuno mantenesse le sue proprietà, e di Seneca (*de ben.* 7.5.1), il quale individuava nella proprietà l'oggetto precipuo dei poteri del cittadino (*Omnia rex imperio possidet, singuli dominio: al princeps spetta l'imperium, al cittadino la proprietà*)****** e, dall'altro lato, su di un piano più

strettamente tecnico, l'inequivocabile attestazione costituita dall'imponente sistema del diritto successorio romano, nonché l'altrettanto poderosa costruzione dottrinale – sviluppatasi a partire dal II sec. a.C. – intesa a differenziare analiticamente i caratteri, la disciplina e gli strumenti di tutela del possesso rispetto a quelli del *dominium* (vd. per es. Ulp. 76 *ad ed.* D. 41.2.17.1) Il *dominium*, perciò, tra I sec. a.C. e IV sec. d.C., pur non attestandosi costantemente come l'unica forma di appartenenza dei beni, mai smise di venire percepito come paradigma e schema principale delle situazioni proprietarie. Dopo la parentesi del V sec. d.C., in cui fu piuttosto la categoria delle *possessiones* a fagocitare qualifiche e discipline dei rapporti agrari, nel VI sec. d.C., l'ormai totale pareggiamento della condizione giuridica delle terre italiche con quelle della restante parte dell'Impero e l'assunzione della *traditio* quale valido modo di trasferimento della proprietà di ogni tipo di bene resero possibile il ricompattamento delle forme proprietarie nella figura tradizionale del *dominium*, che nei Digesti giustinianeî ci viene rappresentato – anche se non definito – come un potere unitario, assoluto e tendenzialmente illimitato, ben distinto rispetto alla *possessio*.

Per quanto concerne gli sviluppi successivi, in effetti le nuove e diffuse realtà dei rapporti agrari, frutto del feudalesimo, vanificarono la perfezione dell'inquadramento giustiniano, inducendo i Dottori medioevali ad escogitare la figura del dominio diviso; ma non va dimenticato che, nel corso dell'età di mezzo e fino alla fine del Settecento, accanto al dominio diviso era sopravvissuto – sebbene in aree assai circoscritte – l'allodio, ovvero la piena proprietà, libera da censi*****. Se, dunque, la diffusione del feudo aveva fatto sì che il modello romano classico-giustiniano del *dominium* trovasse ormai un'applicazione pratica assolutamente marginale, questo non poteva dirsi del tutto scomparso.

A fronte di questi elementi di riflessione, sembra davvero difficile accettare l'idea che la 'proprietà moderna' sia il frutto di un atto di creazione.

Salvi, raffinato civilista tutt'altro che privo di sensibilità storica, ammette che il *dominium* romano non ci risulta sprovvisto dei caratteri della dominicalità moderna: «Effettivamente, la nozione di *dominium*

come potere tendenzialmente illimitato su una cosa (e sugli schiavi) è propria del diritto romano classico, ed è ripresa dalla compilazione giustiniana» (p. 76). E conclude, con toni a mio parere senz'altro condivisibili: «L'uso da parte dei giuristi tedeschi dell'Ottocento, del modello del dominio quiritario per descrivere il concetto “generale” di proprietà non è quindi del tutto improprio» (p. 81).

Ed allora, in quale senso interpretare la locuzione ‘invenzione della proprietà’? Salvi, probabilmente consapevole della piccola smagliatura ravvisabile all'interno del suo percorso ricostruttivo, adduce un elemento idoneo a fornire una provvida precisazione del suo ragionamento: i francesi, con riguardo all'art. 544 del Codice Napoleone, parlarono di un ‘ripristino’ del modello romano, ma «gli ideali etico-politici, che favorirono questo ripristino, l'assetto economico-sociale, a cui esso seguì o in cui si inserì, poco o nulla avevano a che fare con Roma antica» (p. 81). L'osservazione è inappuntabile: i contesti storici di riferimento sono assolutamente eterogenei. Ma resta il fatto che si ammette il recupero di un modello, sebbene poi calato in una realtà diversa rispetto a quella originale. La differenza di contesto storico può imprimere un carattere di assoluta novità a un modello istituzionale preesistente? Ancora una volta, richiamo l'attenzione sulla differenza sussistente tra il modello proprietario e la definizione del diritto di proprietà. La proprietà moderna, ha ricordato ancora di recente Oliviero Diliberto in un saggio intitolato *L'eredità fraintesa, Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)* (in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, H. Nader, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, 2019, 89 ss.), è stata costruita attraverso l'‘uso’ del diritto romano, e un ruolo fondamentale in questa operazione ha senz'altro svolto la lenta e complessa elaborazione della definizione della proprietà (del tutto assente – ripeto – dalle fonti romane). Mi sembra di potere concludere, allora, che la definizione è certamente un *aliquid novi*, mentre i tratti caratteriali, lo statuto del diritto di proprietà e la sua difesa processuale affondano le loro radici in una tradizione antichissima. Ci troviamo di fronte all'‘uso’ (o ‘ri-uso?’)***** di un antico schema, ad una ‘invenzione’ che sa di ritrovamento, non certo di creazione innovativa.

La circostanza che l'antico modello proprietario sia stato calato in un ambiente sociale ed economico incomparabile rispetto al quadro del mondo antico non consente – a mio parere – di qualificare l'istituto come una creazione moderna. Sebbene sul piano operativo lo schema proprietario abbia assunto connotati alquanto peculiari – rispetto al passato – già ad inizio Ottocento, sulla scia del pensiero di John Locke e delle istanze borghesi maturate nel seno della Francia rivoluzionaria, lo schema di riferimento non ne è risultato radicalmente intaccato. Del resto, è ben noto che anche la proprietà odierna, in quanto assediata da una miriade di 'nuove proprietà', non corrisponde affatto – e da tempo – all'immagine di unitarietà, assolutezza ed esclusivismo che viene proiettata dalle definizioni codicistiche europee. Così come tutt'altro che effettivamente rispondente alle concrete realtà sociali del VI sec. d.C. fu la prima operazione di recupero del modello proprietario romano-classico, verificatasi nella storia del diritto: ossia la rinnovata proposta, voluta da Giustiniano, di un *dominium* unitario e 'assoluto', e della sua netta contrapposizione al possesso, praticata e teorizzata in età classica. I contenuti del *Codex repetitae praelectionis* e delle Novelle giustiniane dimostrano in modo esauriente come, nell'applicazione pratica della disciplina di dettaglio, si realizzava un drastico ridimensionamento del ripristino teorico di un dominio assoluto, esclusivo e – tendenzialmente – illimitato. Anche l'età giustiniana reca dunque chiare tracce, soprattutto nella legislazione novellare, di una realtà dei rapporti agrari non riducibile agli antichi schemi della dicotomia *dominium/possessio*, ed anzi piuttosto prodromica alla scissione medioevale del dominio in utile e diretto.

Allora, come oggi, la proprietà non è mai stata del tutto unitaria, assoluta, esclusiva, illimitata. Lo schema proprietario riproduce – ha sempre riprodotto – un'aspirazione filosofica e persino esistenziale, destinata a colpire soprattutto l'immaginario giuridico e a tracciare le linee direttrici della politica legislativa, non a delineare con precisione la realtà degli (svariati) statuti proprietari. Il che è quanto dire che la proprietà è un istituto tanto antico quanto complesso e dinamico, per la sua estrema duttilità in rapporto con le mutevoli istanze sociali ed economiche, un istituto nelle cui pieghe si nascondono molteplici

possibili declinazioni di una disciplina tutt'altro che riconducibile a perfetta coerenza ed unità.

La definizione della proprietà moderna, elaborata nella sua attuale formula da Pothier, ha enfatizzato, amplificato, estremizzato, particolari caratteri di alcune fasi dell'appartenenza proprietaria del mondo occidentale. Questa 'creazione', perciò, va guardata come una 'invenzione' nel senso etimologico del termine, come il recupero di un'antica esperienza storica, cui è stata messa una veste (soltanto) parzialmente nuova, attraverso una descrizione idonea a porre in risalto gli aspetti più vicini alle aspirazioni ancestrali dell'uomo-individuo. Le nuove istanze volte ad ottenere una proprietà privata libera da limiti e vincoli si sono innestate su di una istituzione antica. Come ogni 'invenzione', l' 'invenzione' della proprietà borghese porta in sé qualcosa del disvelamento e al contempo qualcosa della creazione *ex nihilo*. Si tratta perciò di una vicenda storica che si lega all'ambiguità insita nell'atto stesso dell' 'invenzione' (suggestive, sul punto, le osservazioni svolte da A. Magris, con riguardo alla mitologia cosmogonica, in *La creazione: perché dal nulla e non piuttosto da qualcosa?*, in *Etica&Politica*, 19, 2017, 377 ss.), non soltanto all'anfibologia del termine.

In fondo, nel campo del diritto, ogni fenomeno di emersione di figure, principi, regole, categorie, che si voglia qualificare creazione o invenzione, si colloca in una dimensione cronologica difficilmente individuabile con assoluta precisione. Così, l'attribuzione della 'creazione' ad un momento ben definito o ad una persona specifica consiste spesso in un atto di arbitrio. Il progresso si intreccia con il pregresso, il nuovo con l'antico. Ben poco, e forse proprio nulla, è stato frutto di intuizioni e di creazioni estemporanee. Le 'invenzioni' che hanno dato vita al nostro universo giuridico, e specie al diritto privato, affondano per lo più le loro radici in un *a priori* più o meno recente, nel passato di una civiltà, di una cultura, di un nucleo valoriale, di una ideologia. Esiste davvero, nel mondo del diritto, qualche 'scoperta' che non sia in parte una 'riscoperta'? Anche le creazioni hanno, immancabilmente, una loro storia.

L.S.

* ‘*Il fanciullino*’. *Miei pensieri di varia umanità*, Messina, 1903, su cui cenni in D. MARCHESCHI, *Prefazione a Fabbricare l’innovazione*, in *Enthymema*, 17, 2017, 317 ss.; per applicazioni recenti nella medesima accezione, in campo poetico, si legga per esempio G.M. VILLALTA, *Telepatia*, Lietocolle, 2016.

** Diritto peraltro ribadito dalla Corte di Strasburgo, con la sentenza 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09, Godelli c. Italia, che ha fatto leva sull’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

*** Ampia trattazione in A.D. MANFREDINI, *Antichità archeologiche e tesori nella storia del diritto*, Torino, 2018.

**** Dettagli in F. TATEO, voce ‘*Inventio*’, in *Enciclopedia Dantesca*, Roma, 1970, ora consultabile online; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*², Milano 1988, 59 ss.

***** Sul punto, A. SCHIAFFINI, *Dante, Retorica, Medioevo*, in *Atti del Congresso internazionale di studi danteschi*, II, Firenze, 1965, 155 ss.; F. TATEO, *Questioni di poetica dantesca*, Bari, 1972; G.C. ALESSIO, L’ ‘*ars dictaminis*’ nel *Quattrocento italiano: eclissi o persistenza?*, in *Rhetorica. A Journal of the History of Rhetoric*, 19.2, 2001, 155 ss.; G. TOMAZZOLI, ‘*Nova quaedam insita mirifìce transumptio*’. Il linguaggio figurato tra le ‘*artes poetriae*’ e Dante, in *Le ‘poetriae’ nel medioevo latino. Modelli, fortuna, commenti*, a cura di G.C. Alessio e D. Losappio, Venezia, 2018, 257 ss.

***** Già autore, infatti, di svariate opere sul tema, tra cui spiccano *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994; *Le immissioni industriali*, Milano 1979; *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Bari, 2017; *Il Codice Civile. Commentario. Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833²*, Milano, 2019.

***** Sulle erronee affermazioni di Grenier, Portalis e de Maleville, rinvio a quanto ho altrove già esposto: L. SOLIDORO, *Le definizioni della proprietà nella storia giuridica europea*, in M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà. Il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, 2021, 1 ss., specialm. 17 s.

***** Dettagliata esposizione e discussione critica, in chiave storica, in M. MICELI, *Proprietà e tutela dei diritti fondamentali. Tradizione giuridica, pluralismo e certezza*, in M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà*, cit., 311 ss., specialm. 372 ss.

***** Antesignani, rispetto a questo genere di studi, P. DE FRANCISCI, *Appunti intorno ai ‘mores maiorum’ e alla storia della proprietà romana*, in *Studi in onore di A. Segni*, I, Milano, 1967, 613 ss.; F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 16, 1941, 1 ss., e in ID., *Diritto e società nell’antica*

Roma, a cura di A. Dell'Agli e T. Spagnuolo Vigorita, Roma, 1979, 7 ss., ora consultabile online in *D@S*, 2, 2003.

***** Su questa asserzione, vd. ora il commento di D. FELICE, *Oppressione e libertà. Filosofia e anatomia del dispotismo nel pensiero di Montesquieu*, Pisa, 2000, 66, nt. 183; M. DUCOS, *La culture juridique dans le 'De beneficiis' de Sénèque*, in *Cultura letteraria e diritto nei primi due secoli del Principato*, a cura di S. Querzoli, in *'Acta concordium'*, VIII, suppl. a *Concordi*, 3, 2018, 17 ss., specialm. 20 s.; la frase di Seneca viene ricordata, oltre che da Jean Bodin e da Montesquieu con riferimento ai profili giuspubblicistici, da J.-E.M. PORTALIS, *Dell'uso e dell'abuso dello spirito filosofico durante il secolo decimottavo*², III, trad. it., Napoli, 1836, 176.

***** Per la proprietà allodiale, che ha in prevalenza carattere familiare e civico, piuttosto che assolutamente individuale (scolpisce i termini del dibattito P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana ('res mancipi' e 'res nec mancipi')*, in *Scritti giuridici vari*, II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, rist. 1926, 296 ss.), resta fondamentale F. SCHUPFER, *L'allodio. Studi sulla proprietà dei secoli barbarici*, Torino, 1885, ma vd. ora l'efficace disamina di alcuni documenti della prassi, con discussione della lett., in R. RAO, *La proprietà allodiale civica dei borghi nuovi vercellesi (prima metà del XIII secolo)*, in *Studi storici*, 42.2, 2001, 373 ss.; E. FAMELI, *Allodio, feudo e beni comunali. Confini giuridici fra situazioni reali in una controversia dell'età moderna*, in *Historia et Ius*, 15, 2019, paper 8, 1 ss.

***** Sulla nozione di ri-uso, vd. le considerazioni di L. PEPPE, *Uso e ri-uso del diritto romano*, Torino, 2012, 3 ss.

