

campo l'intervento dello stato può effettuarsi validamente ed autonomamente.

FEDERICO D'IPPOLITO

*
* * *

IN TEMA DI COSTITUZIONE DELL'« USUS FRUCTUS »

1. In una recente, egregia monografia in tema di *ususfructus*¹ torna per l'ennesima volta alla luce una vecchia *crux interpretum*:

D. 7.1.63 (Paul. *sing. de iure sing.*). *Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest.*

L'interpretazione corrente del testo è che il proprietario della cosa, costituendo l'usufrutto sulla cosa stessa, viene a cedere ad altri (cioè all'usufruttuario) un diritto (l'usufrutto) che non è suo (per il noto principio *nemini res sua servit*)². Contro questa interpretazione si schiera oggi il Bretone³, preceduto tuttavia da altri⁴, tra cui il Biscardi⁵, anzi addirittura l'Anonimo⁶, sostenendo che il testo significhi che il nudo proprietario (*is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat*) può *in iure cedere l'usus fructus* (di cui è titolare l'usufruttuario attuale), calcolando sul fatto che il cessionario acquisterà il diritto nel giorno in cui verrà meno l'usufrutto attuale. Altri, non ritenendo comunque ragionevole l'iniziale *quod nostrum - alios*, ha sospettato l'interpolazione del testo, proponendo la espunzione di *quod nostrum - veluti*⁷ o un rovesciamento della sua signifi-

ripresa da LEMOSSE in *RIDA*. 3 (1949) 37 ss.; contra COSENTINI in *Iura*. 1 (1950) 535 ss. Recentemente VOLTERRA, in *St. Paoli* (1955) 707 ss. Contra LEVY in *ZSS*. 78 (1961) 142 ss.; GIOFFREDI, *o.c.* 511 ss.

¹ BREONE, *La nozione romana di usufrutto* 1 (1962) 188 ss. ² Per tutti: ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (1856) 41 ss. Altra bibliografia in BREONE (nt. 1) 189 nt. 110. *Adde*: GROSSO, in *SDHI*. 2 (1936) 403; HELDRICH, in *ZSS*. 58 (1938) 423. ³ Cit. (nt. 1) 189 ss. ⁴ Cfr. BREONE (nt. 1) 189 nt. 113. ⁵ *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano* (1935) 53 ss. ⁶ B. 16.1.63 (H. 2.189): Παῦλ. καὶ τὸ μὴ ὄν ἐμὸν ἐτέρῳ παραχωρεῖν δύναμαι. τὴν γὰρ χρῆσιν τοῦ ἀγροῦ μου, ἣν ἕτερος ἔχει, παραχωρεῖν ἄλλῳ δύναμαι. Si noti che l'Anonimo parla di χρῆσις, cioè di un istituto che corrisponde solo approssimativamente all'usufrutto, ma che è concepito, nell'ambiente ellenistico, come proprietà temporanea, quale non era certamente l'usufrutto nel diritto romano classico; cfr. BREONE (nt. 1) 217 ss. e i testi e la bibliografia da lui citati. Di qui l'uso di παραχωρεῖν tanto per tradurre *transferre*, quanto per tradurre *cedere*. ⁷ KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Fschr. Koschaker* (1939) 1.466 nt. 118; cfr. anche *ZSS*. 65 (1947) 368 e nt. 20. Il Kaser corregge anche *habeat* in *habet*

zione attuale⁸. A mia volta, io ho espresso l'opinione⁹ che il dettato sia un elaborato postclassico che si inquadra nella probabile elaborazione postclassica di tutto quanto il *liber singularis de iure singulari* di Paolo¹⁰.

Anche a costo di sembrare a qualcuno una donna Prassede di manzoniana memoria¹¹, spiegherò qui di seguito le ragioni per cui mantengo ferma, a venti anni di distanza, la mia tesi.

2. L'interpretazione ultimamente difesa dal Bretone è indubbiamente sagace e conferisce al passo un significato plausibile e concreto, confortato dal fatto che anche il legato di usufrutto operato dal nudo proprietario era ritenuto da taluni valido¹². Tuttavia, se *cedere* sta ad indicare, come dovrebbe essere per un testo classico, la *in iure cessio usus fructus*¹³, vi è la difficoltà che la *in iure cessio* era probabilmente *actus legitimus* e non ammetteva termini e condizioni sospensive *ex die*, quanto meno espressi¹⁴. E' vero che si potrebbe pensare ad un termine o ad una condizione taciti¹⁵, ma riterrei che l'ipotesi della costituzione a favore di Tizio di un usufrutto già costituito a favore di Caio non possa, sul piano dell'implicito, intendersi nel senso di costituzione dell'usufrutto a favore di Tizio dal mo-

e inserisce *in iure* prima di *cedere*.⁸ PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIDR.* 20 (1910) 124: *quod nostrum non est, <non> transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, <si> [quamquam] usumfructum non habeat, [tamen] usumfructum cedere <non> potest.*⁹ Sfuggita al BRETONE (nt. 1).¹⁰ GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Annuario d. comp.* 18 (1946) 37. ¹¹ MANZONI, *I promessi sposi* (1840) 482: « Con l'idea donna Prassede si regolava come dicono che si deve far con gli amici: n'aveva poche; ma a quelle poche era molto affezionata ». (...« tra le poche, ce n'era per disgrazia molte delle storte; e non eran quelle che le fossero men care »). ¹² Cfr. D. 7.1.72 (Ulp. 17 Sab.): *Si dominus nudae proprietatis usum fructum legaverit, verum est, quod Maecianus scripsit libro tertio quaestionum de fideicommissis, valere legatum: et si forte in vita testatoris vel ante aditam hereditatem proprietati accesserit, ad legatarium pertinere. [plus admittit Maecianus, etiamsi post aditam hereditatem accessisset usus fructus, utiliter diem cedere et ad legatarium pertinere].* Il VON LÜBTOW, *Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte* (1949) 42, pone tra parentesi quadre (anche) *et si forte rell.*, ma a me sembra che il glossema si limiti all'ultimo periodo, che sostiene una estensione, sia pure *utiliter*, veramente inammissibile. ¹³ Così KASER (nt. 7). Il BRETONE (nt. 1) 190 giustamente ribadisce: « Paolo impiega la locuzione *cedere usum fructum*, che se non indicasse specificamente la *in iure cessio* ovviamente la ricomprenderebbe ». ¹⁴ Cfr. ARCHI, sv. *Condizione (Diritto romano)*, in *ED.* 8 (1961) 744 s. ¹⁵ Cfr. D. 50.17.77 (Papin. 28 *quaest.*) ... *nonnumquam tamen actus supra scripti [i.e. actus legitimi] tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt.* Cfr. anche Paul. D. 40.7.1.1. Il BRETONE (nt. 1) 190 s. e nt. 118 argomenta appunto da questi frammenti per sostenere che « all'esperienza giuridica romana non è sconosciuta l'eventualità che gli effetti giuridici di un *actus legitimus* siano sospesi in vista dell'avverarsi di una determinata circostanza (che nel nostro caso sarebbe la estinzione del primo usufrutto), sempre che questa circostanza non si concreti in un *dies*

mento della estinzione dell'usufrutto di Caio ¹⁶. Vi è un limite alle possibilità dell'interpretazione negoziale, sopra tutto se tipica. D'altronde, anche a prescindere da questa difficoltà, come poteva venire in mente a Paolo di definire il nudo proprietario come colui *qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat*? Anche alla goffaggine delle espressioni vi è un limite, almeno per i giuristi classici.

Resta l'interpretazione corrente ¹⁷, che dà risultati meno plausibili, ma è indubbiamente però conforme al senso immediato del testo. Il pieno proprietario, pur non potendosi dire che sia titolare dell'usufrutto ¹⁸, lo può *in iure cedere* ¹⁹ ad altri. E tutto filerebbe a meraviglia, anzi avrebbe il sapore di una finezza ²⁰, se non vi fosse il cappellaccio sgraziato del *quod nostrum non est, transferemus ad alios* ²¹: mediante la *in iure cessio usus fructus*, leggiamo meravigliati, il proprietario della cosa viene a trasferire ad altri ciò che non è suo, in deroga dunque al principio *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet* ²².

Se anche ciò fosse la conferma del principio paolino per cui l'*usus fructus* non era *pars domini* ²³, non mi sentirei comunque di attribuire a Paolo la singolare sciocchezza.

3. La singolare sciocchezza si spiega invece, nel modo più verosimile, se uscita dalla penna di uno studioso postclassico ²⁴. Sì che, prescindendo dalla

o in una *condicio*, ma influenzi — per così dire — dall'esterno l'efficacia dell'atto». ¹⁶ A meno di non ipotizzare una *in iure cessio* a favore di Tizio, la quale abbia come esplicito oggetto l'usufrutto del fondo « di cui è attualmente usufruttuario Caio ». Ma, per escludere l'ammissibilità di questa ipotesi, non v'è che da richiamarsi ancora a D. 50.17.77 (nt. 15): *... si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ila demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio extiterit: quae [i. e. obligationis condicio], si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum*. D'altra parte è del concetto stesso degli atti traslativi del *dominium* (o costitutivi di diritti reali) l'immediatezza della attribuzione (il che si dice malgrado Paul. *Vat.* 50). ¹⁷ *Retro* nt. 7. ¹⁸ Ecco il perchè del *quamquam-habeat* (invece di *habet*), cioè della « particolare sfumatura » che il Bretonne (nt. 1) 188 nt. 108 finemente avverte nella proposizione concessiva. ¹⁹ Con effetto, ovviamente, immediato. ²⁰ Nel senso che l'*usus fructus* si costituisce (*ex novo*) mediante una *in iure cessio*, cioè un atto tipico per i trasferimenti. ²¹ L'affermazione quivi contenuta va male, si noti, anche per l'interpretazione difesa dal Bretonne: il nudo proprietario, costituendo un usufrutto a favore di Tizio mentre ancora dura l'usufrutto a favore di Caio, non cede certamente ciò che non è suo (cioè l'usufrutto di Caio), ma ciò che, sia pure condizionatamente alla cessazione dell'usufrutto di Caio, rientra nella sua sfera di poteri. ²² Cfr. Ulp. D. 50.17.54. ²³ Cfr. BRETONNE (nt. 1) 179 ss., con una spiegazione peraltro alquanto dubbia di Paul. D. 7.1.4 (*Usus fructus in multis casibus pars domini est, et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest*). ²⁴ Non mette conto (ammesso che fosse possibile) stabilire l'età dell'intervento. Sintomatico è, comunque, che sia scomparso *in iure* davanti a *cedere*: ma è chiaro che la cancellatura

troppo ardita esegesi del Pampaloni²⁵, è certo, a mio avviso, che bene ha fatto il Kaser²⁶ a segnare tra parentesi quadre il tratto iniziale del nostro frammento.

Senonchè, a questo punto io domando: che singolarità di diritto vi è mai nel fatto che il proprietario del fondo può *in iure cedere l'usus fructus*? Nessuna, sopra tutto se si tenga presente la famosa definizione, secondo me pseudo-paolina²⁷, del *ius singulare*²⁸. Se il fr. D. 7.1.63 risultasse estratto dai *libri ad Sabinum* di Paolo, potremmo essere paghi dell'atetesi segnata dal Kaser. Ma il frammento risulta estratto da un *liber singularis de iure singulari*. E' perciò evidente che Paolo, non potendo essere colui che ha rilevato la singolarità, nel *liber singularis* il frammento non può avercelo messo.

Ce lo ha messo un rielaboratore postclassico di quell'opera. O meglio, secondo me²⁹, ce lo ha messo colui che ha confezionato, rielaborando materiale paolino, tutto intero il *liber singularis de iure singulari*.

ANTONIO GUARINO

può essere stata anche operata da Giustiniano. ²⁵ Cit. (nt. 8). V. contra: DEBRAY, in *NRH.* 35 (1911) 108; VON LÜBTOW (nt. 12) 39 s. ²⁶ Cit. (nt. 7).
²⁷ GUARINO (nt. 10) 37 s. ²⁸ Cfr. D. 1.3.16 (Paul. *sing de iure sing.*): *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* ²⁹ Cfr. GUARINO (nt. 10) 39 ss.