

ricordiamo, invece, che dall'amore per le antiche forme del Brunelleschi e di Donatello (i quali si aggiravano — come dice il Vasari³⁰⁶ — con religioso fervore tra le rovine dell'antica Roma, cercando di penetrare le leggi che avevano presieduto alla confezione dei suoi monumenti e delle sue opere d'arte), se ricordiamo che da quel loro amore per le antiche forme, lungi dal derivare il commercio degli antiquari, scaturì la mirabile rinascita artistica del Quattro e del Cinquecento, possiamo concludere che il diritto di Roma merita di essere studiato per se stesso e che lo studio di qualsivoglia suo capitolo è e deve essere fruttuoso in quello del nuovo diritto e nell'approfondimento di ogni suo problema.

POSTILLA PRIMA: IN TEMA DI COSTITUZIONE DELL'« USUSFRUCTUS ».

1. In una recente, egregia monografia in tema di *usufructus*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

³⁰⁶ *Opere* (edizione milanese) 2 (Firenze 1906) 357.

* In *Labeo* 10 (1964) 46 ss.

¹ BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* 1 (1962) 188 ss.

² Per tutti: ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (1856) 41 ss. Altra bibliografia in BRETONE (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. BRETONE (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 ἂν ἐμὸν ἑτέρῳ 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 clas-

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 significazione attuale⁸. A mia volta, io ho esposto 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

sico: cfr. BREONE (nt. 1) 217 ss. e i testi e la bibliografia da lui citati. Di qui l'uso di *παράχωρεῖν* tanto per tradurre *transferre*, quanto per tradurre *cedere*.

⁷ KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Fs. Koschaker* (1939) 1.466 nt. 118; cfr. anche *ZSS.* 65 (1947) 368 e nt. 20. Il Kaser corregge anche *habet in habet* 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 BREONE (nt. 1).

¹⁰ GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. 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.

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. È 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 momento della estinzione dell'usufrutto di Caio¹⁶. 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 corrente¹⁷, 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'usufrut-

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 (Pap. 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* 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, ita 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.

to¹⁸, lo può *in iure cedere*¹⁹ ad altri. E tutto filerebbe a meraviglia, anzi avrebbe il sapore di una finezza²⁰, 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 postclassico²⁴. Sì che, prescindendo dalla 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.

Senonché, 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

¹⁸ Ecco il perché del *quantquam—habeat* (invece di *habet*), cioè della « particolare sfumatura » che il BRETONE (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 Bretone: 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. BRETONE (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 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.*

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*. È 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*.

POSTILLA SECONDA: ANALOGIA E DINTORNI.

Il mio studio sul *ius singulare*, pubblicato nel 1946 a fini di sviluppo e di completamento di altri saggi precedenti ivi citati, ha visto la luce anteriormente agli scritti dedicati da R. Reggi a *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* (1952) e da A. Steinwenter ai *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie* (1, in *St. Arangio-Ruiz* [1953] 169 ss.; 2, in *St. Albertario* [1952] 105 ss.; 3, in *Fs. Schulz* [1951] 345 ss.). Di data posteriore (sorvolando su altri contributi di altri autori) è F. Gallo, *Alle origini dell'analogia* (in *Diritto e processo nell'esperienza romana, Atti in mem. di G. Provera* [1994] 37 ss.).

Non ho alcuna intenzione, in questa postilla, di riprendere in esame il tema del *ius singulare*, e nemmeno quello connesso dell'analogia (e del relativo divieto), salvo che per un punto essenziale: il punto delle origini del ricorso all'analogia da parte dei giuristi e dei giurisdicenti romani.

Il Gallo, se ho ben capito, intravede le « origini » dell'analogia (o, come altrove dice, il « riconoscimento » di essa) nella così detta « codificazione » giuliano-adrianea dell'*edictum perpetuum*, o almeno (se una vera e propria codificazione non vi fu) nel senatoconsulto che venne provocato dall'imperatore Adriano, secondo quanto osserva Giustiniano in const. *Tanta-Δέδωκεν* 18: senatoconsulto (meglio: *oratio principis*) che « *hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas* ». Posto che la « *nova auctoritas* » della *Tanta* fosse il potere imperiale (nel che, per quanto mi riguarda, tendo a convenire, mal-

²⁹ Cfr. GUARINO (nt. 10) 39 ss.

* Inedito.