

**BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO**  
« *VITTORIO SCIALOJA* »

Terza Serie Vol. XLII - XLIII

Volume CIII - CIV della collezione

*(Estratto)*

CARLOS SÁNCHEZ-MORENO ELLART

'LOCARE USUM FRUCTUM':  
NOTE PER L'ESEGESI DI ULP. 20  
'AD ED.' D. 10, 3, 7, 10



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

**‘LOCARE USUM FRUCTUM’:  
NOTE PER L’ESEGESI DI ULP. 20 ‘AD ED.’ D. 10, 3, 7, 10\***

1. La questione se in diritto romano classico si trovi una concezione della locazione di usufrutto diversa della locazione della cosa in usufrutto non è ancora pacifica e forse non ha una risposta sicura allo stato presente delle fonti. V’è stata una certa tendenza, a nostro avviso, a trattare l’argomento, partendo da categorie dogmatiche dell’attuale civilistica difficilmente applicabili al diritto classico, anche se molto utili per ricostruire la configurazione delle medesime. Forse per questa ragione, il tema è stato affrontato da Pugliese in una opera che, concepita precisamente sul piano del diritto civile italiano, insisteva tuttavia sulla base romanistica dell’istituto. Per l’autore, v’è una differenza — forse difficile da concretizzare — tra *locare rem* e *locare usum fructum* in diritto classico e i quattro testi che menzionano quest’ultime espressioni sarebbero sostanzialmente genuini<sup>1</sup>.

In particolare, il Pugliese riafferma dunque la genuinità di Ulp. 20 *ad ed.* D. 10, 3, 7, 10; Pomp. 8 *ad Q. Muc.* D. 23, 3, 66; Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7, 1, 12, 2 e Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7, 4, 29 pr., testi sospettati da Amirante, il quale, in un articolo ipercritico, forse esageratamente interpolazionista anche per quegli anni, riteneva che la locazione di usufrutto non era classica, ma lo era soltanto la locazione della *res* in usufrutto<sup>2</sup>.

Quindi, secondo questa chiave d’interpretazione, i testi citati sarebbero stati alterati, sia dai bizantini, sia da glosse postclassiche. Ma, secondo Pugliese, «i rilievi di questo autore, sebbene mettano in evidenza qualche possibile alterazione formale, non dimostrano che la figura del *locare usum fruc-*

\* Questo articolo è la rielaborazione ampliata della mia relazione nel Convegno Romanistico Internazionale di Soverato Lido (settembre 2003). Debbo ringraziare il collega e amico Prof. Mezzasoma, della Università di Perugia per l’accurata correzione del testo italiano e, soprattutto, il prof. Talamanca per altre correzioni formali ed osservazioni sul contenuto. Ringrazio i professori Luigi Capogrossi Colognesi, Massimo Brutti, Manuel García Garrido e Hans Ankum, per la partecipazione alla discussione della relazione, quando presentata a Soverato.

<sup>1</sup> G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*<sup>2</sup>, Torino, 1972, 431 ss., specialmente p. 433, nt. 4. Nella dottrina civilistica italiana v’era una difficoltà — sotto il codice civile del 1865 — in quanto «la locazione non potrebbe avere ad oggetto un diritto, bensì soltanto la cosa» v. la bibliografia in PUGLIESE, *lc. ult. cit.* D’altra parte nell’art. 595 del Code Napoléon si parlava soltanto di «vendre ou céder son droit» (*scil.*, l’usufrutto), con una formulazione ripresa dall’art. 492 cod.civ.ital. 1865. Analoghi problemi sembrano essere stati presenti anche in Germania: cfr. B. WINDSCHEID - TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I<sup>o</sup>, Frankfurt a.M., 1906, 217 ss.

<sup>2</sup> L. AMIRANTE, ‘*Locare usum fructum*’, in «Labeo», VIII, 1962, 206 ss.

tum, in quanto distinta da quella del *locare rem* sia creazione non classica»<sup>3</sup>.

A nostro sommo avviso, tenendo conto di qualche risultato raggiunto nella discussione sulla concezione dello usufrutto nella giurisprudenza romana, che si è svolta principalmente fra Grosso e Bretone<sup>4</sup>, e particolarmente di quelli relativi alla divisibilità dell'usufrutto, si potrebbe sostenere, con un certo grado di probabilità, come il *locare usum fructum* sia una figura specifica o, quanto meno, sarebbe lecito — se non ricostruirne lo specifico regime giuridico — affermare la genuinità dei testi dove la citata locuzione compare.

Il Bretone si riferiva alla difficoltà del problema e valutava sia la tesi dell'Amirante sia la tesi contraria del Pugliese. Senza schierarsi chiaramente nella polemica, trovava alcuni indizi per credere — come Pugliese — nella genuinità, almeno sostanziale, come egli dice, dei testi<sup>5</sup>. Quando si parla di genuinità sostanziale, si ammette — come fa il Grosso, riferendosi all'adattamento dei testi intorno ad una certa idea<sup>6</sup> — l'esistenza di certe alterazioni testuali alle quali rivolgeremo, nel corso delle singole esegesi, la necessaria attenzione.

Prima di affrontare l'analisi dei testi per saggiarne la genuinità, penserei sia utile precisare che, secondo noi, nell'impostazione dell'esegesi non si dovrebbe dimenticare il profilo rappresentato dalla categoria delle *res incorporales* — nelle quali, secondo Gai 2, 2, rientra l'usufrutto — e l'influenza che può aver avuto sulla contrapposizione *res/ius, corpus/ius*, e su quella *locare rem* e *locare usum fructum*. Il tema è complesso e meriterebbe uno studio più approfondito<sup>7</sup>: forse questa impostazione scolastica non ha un valore molto importan-

<sup>3</sup> G. PUGLIESE, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 433, nt. 4.

<sup>4</sup> Cfr. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1958, 330 ss.; M. BRETO-NE, *La nozione romana di usufrutto*, I. *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, 100 ss.

<sup>5</sup> M. BRETO-NE, *Nozione*, I, cit., 100, nt. 35: egli cita la prima edizione dell'opera del Pugliese, che è del 1956, e quest'ultimo autore nella seconda edizione si riferisce al parere dello stesso Bretone. Quest'ultimo a. afferma che l'espressione *locare usum fructum* si trova nel tempo di Diocleziano, ma si deve ricordare che ci si trova in un momento in cui ci si preoccupa per la classicità anche della terminologia: v., ad es., M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960, 11 e nt. 13; T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1981, 106 e nt. 1; 136 ss.

<sup>6</sup> G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 330 ss. L' a. parla di «manipolazione» (p. 330), ma anche afferma: «in ogni modo è chiara l'esistenza di questo giudizio — *scil.*, *iudicium communi dividundo utilis* — mil quale riaggiungeva un regolamento del godimento dei più cofsufruttuari» (p. 331). Per questo, ammette che il nucleo di D. 10, 3, 7, 10 (Ulp. 20 *ad ed.*) è «sostanzialmente classico».

<sup>7</sup> M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, in «ZSS», LXX, 1953, 142 ss., in ordine alla contrapposizione fra *res corporales* e *res incorporales*. L'a. non crede all'importanza della classificazione come strumento usato dai giuristi classici per una sistematizzazione del diritto. Si tratta, invero, di una vecchia questione. F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, in «ZSS», LXX, 1953, 93 ss., specialmente 103 ss., ricordava come fosse stato J. STROUX, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam, 1949, 94 ss., il primo ad aver visto l'analogia tra Flav. Caris. *ars gramm.*, p. 193, lin. 25-p. 194, lin. 3 (BARWICK) e Gai 2, 12. Carisio distingue fra *nomina propria* e *appellativa*, e fra questi ultimi fra *res corporales* ed *incorporales*. L'analogia — affermava lo Stroux — sarebbe forse potuta derivare da una fonte comune: Dionisio di Tracia. La questione è però più complicata di quanto non risulti dal panorama offerto dallo Stroux: v. WIEACKER, *op. cit.*, 113 ss. H. KRELLER, *Res als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in «ZSS», LXVI, 1949, 572 ss., segnalava il contemporaneo soggiorno a Rodi di Q. Mucio Scevola e di Dionisio; H. COING, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in «ZSS», LIX, 1952, 24 ss., accetta questa soluzione e difende

te né nella sistematica del diritto classico — come afferma, ad esempio, lo stesso Bretone in un lavoro recente<sup>8</sup> — né per l'impostazione del problema che ci interessa, ma senza dubbio ci serve come espressione della sottile frontiera tra *dominium* (e *res*) e *iura in re aliena*<sup>9</sup>. Per quello che riguarda i testi che saranno qui esaminati, Ulpiano, autore di tre dei quattro esistenti sull'argomento, sembra collocarsi all'interno di questa contrapposizione<sup>10</sup>.

Come bene diceva il d'Ors, l'impostazione dei giuristi classici nell'analisi del problema non ha riferimento alla contrapposizione *ius-corporis*, bensì all'individuazione dell'azione applicabile al caso. Da questo punto di vista, non rileva la teoria dell'indivisibilità o divisibilità delle cose o dei diritti. Ma, anche a ritenere che la contrapposizione *ius-corporis* non sia uno schema concettuale univoco né, probabilmente, fondamentale nella riflessione dei giuristi, si deve ammettere che essa è stata utile per sottolineare che l'usufrutto è una qualcosa di incorporeo, con le conseguenze che derivano da questa idea, come la indivisibilità o la possibile differenza tra usufrutto e cosa in usufrutto. Questo è plausibile ma tutta questa riflessione, ancora che si trovi episodicamente nei classici, non sembra determinante per le loro soluzioni concrete.

Bretone analizza un testo abbastanza significativo in ordine all'utilizzazione della contrapposizione *ius-corporis*, Ulp. 39 *ad ed.* D. 37, 1, 3, 1, relativo alla *possessio iuris* ed ai rapporti di quest'ultima con gli *interdicta utilia*:

*Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.*

Il testo ha qualche rapporto con il nostro argomento, perché, al contrario di Sabino, anche Labeone trova nella divisibilità un elemento decisivo per il superamento di una concezione materialistica dell'usufrutto. Egli parte dal concetto di cosa incorporea e, per questo motivo, una concezione puramente materialista era per lui — ad usare le parole di Bretone — «non più di un ricordo». Le cose — conclude quest'ultimo autore — che vi rientrano (nella *hereditas* o nella *bonorum possessio*) si presentano a volta come *corpora* a volta come *iura*. A ritenere genuino il testo, e senza attribuire troppo significato

una origine stoica per questa impostazione (v. p. 38 ss., con riferimento a P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, Halle, 1902, 41). In effetti, la questione va al di dello scopo che ci siamo qui prefissi, ma riteniamo che, senza aspirare ad un valore generale, come forse ritiene M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, 160 ss., tale impostazione potrebbe essere talora utile nella riflessione sui giuristi.

<sup>8</sup> *Fondamenti*, cit., 281 ss. Si veda la critica di Gallo, nella sua recensione in «Iura», XLIX, 1998 (2002), 129 ss., specialmente 132 ss.

<sup>9</sup> La terminologia non è però classica, cfr. Á D'ORS, *Derecho privado romano*<sup>10</sup>, Pamplona, 2004, 132.

<sup>10</sup> M. BRETONE, *Fondamenti*, cit., 162.

allo schema *corpus-ius*<sup>11</sup>, crediamo che lo stesso potrebbe, in certo senso, dirsi dell'usufrutto: la *res* e lo *ius* si articolano in modo complesso e il detto schema potrebbe essere utile per mostrare questa complessità, anche se, forse, esso non è stato usato in modo sistematico.

Questa duplicità — che dispare, per l'usufrutto, nel periodo postclassico e nel diritto volgare<sup>12</sup> — è già presente nella controversa categoria di *quasi possessio* applicata all'usufruttuario: Ulpiano usa alternativamente, a seconda del problema trattato (ad es., su come si dovesse intendere la *possessio* della *hereditas* o la *bonorum possessio*), sia la categoria schema della cosa sia quella del diritto<sup>13</sup>. Può darsi, tuttavia, che lo schema *corpora-iura* sia stato, in un certo senso, molto produttivo nel pensiero di Ulpiano e che l'estensione della tutela interdittale all'usufruttuario (Vat. Fragm. 90-91), mediante *interdicta utilia*, sia una conseguenza di questa impostazione. Tutto questo può comprendersi in un contesto in cui il *dominium* si confonde con la *res* che ne è oggetto e non si configura come uno *ius*: l'insistere nella qualità di *ius* per l'usufrutto lo distacca dalla proprietà, cioè, dalla *res*<sup>14</sup>. Ma secondo noi non è possibile che il termine sia stato costantemente adoperato in questa accezione così flessibile. Quando l'Amirante contrappone *locare rem* (espressione secondo lui genuina) e *locare usum fructum* (che è, invece, spuria), non sembra consapevole di questa duplicità.

2. In precedenza<sup>15</sup>, abbiamo insistito sulla complessità dei concetti che riguardano il problema, ed ora procederemo al commento dei testi. Quello per noi più significativo ai fini del discorso qui svolto, ed altresì il più di-

<sup>11</sup> La genuinità del passo è, però, contestata da molti autori, v., ad es., R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano I*<sup>2</sup>, Torino, 1968, 144 ss.; 156 ss., che analizza le difficoltà al riguardo: v., inoltre, *Index Interpolationum*, ad b.l.

<sup>12</sup> V. E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, 88 ss., il quale precisa «a vulgar law is characterized by the absence of interest in clear-cut notions» (*op. cit.*, 39): e crediamo, interpretando il suo pensiero, per la difficoltà di intendere ed utilizzare nozioni complesse. Forse per questo, l'usufrutto viene configurato in un modo più semplice, vale a dire come una forma di proprietà: «*usus fructus* had changed from a *ius in re aliena* to a form of *proprietas*, qualified *dominium* or *possessio*» (LEVY, *op. cit.*, 40).

<sup>13</sup> Insiste sull'accennata duplicità fra *ius* e *corpus* M. BRETONE, *Fondamenti*, cit., 204. Come è noto, la *quasi possessio* si trova in Gai 4, 139. In Ulp. 67 ad ed. D. 43, 3, 1, 8 (*unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum. idem dicendum est et in servitute relicta*), il giurista afferma che l'usufruttuario non ha propriamente il possesso. Si potrebbe dire che in D. 4, 6, 23, 2 (12 ad ed.: *item ei, qui per captivitatem fundi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait*) Ulpiano insista sull'aspetto materiale (*item ei, qui per captivitatem fundi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait*), mentre, ad es., in D. 43, 16, 3, 17 (59 ad ed.: *qui ususfructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. tem ei, qui per captivitatem fundi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait*), egli accentua l'aspetto immateriale.

<sup>14</sup> Á. D'ORS, *Derecho privado romano*<sup>10</sup>, cit., 203 ss.

<sup>15</sup> *Supra*, § 1.

scusso dalla critica interpolazionistica<sup>16</sup>, è Ulp. 20 *ad ed.* D. 10, 3, 7, 10, in cui ritorna la questione della divisibilità dell'usufrutto, uno degli aspetti più complessi di questo istituto. La restrizione della divisibilità alle *res corporales* porta molti autori a considerare il testo come non classico. La questione ci riguarda, perché dalla eventuale divisibilità dell'usufrutto stesso e dal modo in cui la si concepisce, deriva — in un certo senso — la possibilità di configurare una locazione dell'usufrutto come mezzo per risolvere problemi concreti: locare l'usufrutto sarebbe un modo di dividere, nella pratica, quello chè, in principio, rimaneva indivisibile. Ed è per il valore che, in tal modo, assume ai nostri fini che il frammento sarà discusso per primo.

Ulp. 20 *ad ed.* D. 10, 3, 7, 10: *Cum de usu fructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet usum fructum uni ex illis: vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat caveantque per tempora se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usus fructus.*

La fattispecie esaminata in questo frammento è molto complessa. La *locatio* dell'usufrutto — più precisamente si parla di *locare usum fructum* — rappresenta una delle alternative offerte al giudice per procedere alla soluzione della controversia per cui era stata esperita un'*actio communi dividundo* tra cousufruttuari. L'applicazione della nostra *actio* come *actio utilis* — anche se il testo non specifica questa modalità — era l'oggetto del lb. 20 *ad edictum* di Ulpiano, secondo la ricostruzione del Lenel, la cui esattezza non è accettata da tutti gli autori<sup>17</sup>. In effetti, il principio affermato nel testo — trovare la risposta alla questione come dividere il cousufrutto mediante l'azione divisoria — sembra vantaggioso, se si vuole cercare una soluzione pratica, ma non mancano difficoltà per ammettere l'azione divisoria in un caso di questo genere<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> L. AMIRANTE, 'Locare usum fructum', cit., 208 ss. ritiene interpolato il periodo *vel locet-percipiant*. Anche se l'Amirante cita W. KUNKEL, *Civilis und naturalis possessio. Eine Untersuchung über Terminologie und Struktur der römischen Besitzlehre*, in *Symbolae Friburgenses* O. Lenel, Leipzig, 1931, 40 ss., il quale riconosce che il frammento è alterato (*op. cit.*, 65 e nt. 3), ma non si occupa direttamente della nostra questione, ammette che il passo possa dare qualche informazione sullo stato del diritto classico. P. FREZZA, *Actio communi dividundo* (1932), in *Scritti*, I, Roma, 2000, 30, nt. 1, nega, per il diritto classico, l'esperibilità della *actio communi dividundo* tra cousufruttuari, ma non procede all'esegesi del frammento.

<sup>17</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, 549, nr. 642; *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, 212 (Tit. XV, § 82: *De utili communi dividundo iudicio*). Secondo O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 1017, n° 397, anche il lb. 24 *ad edictum* di Paolo trattava di questa azione. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, 69 ss., credeva che l'*inscriptio* del passo di Ulpiano fosse sbagliata e che il passo fosse contenuto nel lb. 19.

<sup>18</sup> Che Ulpiano ammettesse tale *iudicium* risulta dal § 7 (*sed et si de usufructo sit inter duos controversia, dari debet*). Nel § precedente si parla, in rapporto al pegno, di *iudicium utile*.

Nell'esegesi del frammento citato proposta dal Grosso<sup>19</sup> si rinviene una impostazione — secondo noi — essenzialmente valida, nel senso, cioè, di riconoscervi «il lavoro di una mano postclassica», o giustiniana, e, allo stesso modo, di ammettere che, se non l'*actio communi dividundo* tra i coudofruttuari, dovrebbe essere possibile di trovare nel diritto classico qualche soluzione per le difficoltà pratiche di cui si discute nel testo. Grosso non specifica quale fosse codesta soluzione, ma per lui, l'applicazione del *iudicium utile* sarebbe stata senza dubbio fatta dai maestri postclassici. I testi giustinianeî presenterebbero — secondo questo autore — «una generalizzazione e un livellamento» rispetto alla soluzione di una questione che, nella redazione originale del passo, Ulpiano presentava come dubbia<sup>20</sup>.

Il punto per noi rilevante — oltre agli aspetti formali che tratteremo in seguito<sup>21</sup> — è l'attribuzione dell'*actio communi dividundo* ai coudofruttuari perché il riferimento al *locare usum fructum* si trova nello stesso periodo che si riferisce a tale attribuzione, di cui si parlava già nel § 7. Solo se il testo offre una soluzione che sviluppa un'impostazione giustiniana, la concessione del *iudicium utile* non sarebbe genuina. Una siffatta soluzione era già stata proposta dal Biondi e riaffermata con vigore dall'Albertario nella esegesi di D. 10, 3, 7, 10<sup>22</sup>. In contrapposizione al Berger<sup>23</sup>, il Biondi sosteneva che l'estensione dell'*actio communi dividundo* ai titolari di certi rapporti giuridici diversi dalla proprietà — tra i quali si troverebbe l'usufrutto — sarebbe stata opera dai compilatori, come si potrebbe vedere nell'enunciato generale di I. 4, 6, 20<sup>24</sup>. L'argomentazione del Biondi<sup>25</sup> si fondava, in primo luogo, sulla considerazione che la *divisio* implica sempre una *res corporalis*, ambito naturale della *actio communi dividundo*<sup>26</sup>, e poi — in base a una affermazione di Sabino, trasmessa da Paul. 9 *ad Plaut.* D. 45, 3, 32<sup>27</sup> — sul fatto che i classici escludevano per l'usufrutto il concetto di *communio*, e che si tratta della concorde opinione seguita da tutti i giuristi classici; e, infine, sulla circostanza che, quando si menziona l'*adiudicatio* relativamente all'usufrutto, le fonti

<sup>19</sup> *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 330 ss.

<sup>20</sup> G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 332.

<sup>21</sup> *Infra*, § 4.

<sup>22</sup> B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane* (1913), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1963, 681 ss.; E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico della actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale* (1913), in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, 175 ss.

<sup>23</sup> *Teilungsklagen*, cit., 38 ss.

<sup>24</sup> *Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam. qualis est familiae eriscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate: item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

<sup>25</sup> *Legittimazione*, cit., 688 ss.

<sup>26</sup> Ulp. 19 *ad ed.* D. 10, 3, 4 pr.: *per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus.*

<sup>27</sup> Su cui cfr. *infra*, in questo §.

parlano in realtà di costituzione d'usufrutto per *adiudicatio*, e non di attribuzione di una *pars usus fructus*<sup>28</sup>, onde non si avrebbero altre attestazioni di un' *adiudicatio* di quest'ultimo tipo.

Questa chiave di esegesi ha avuto un considerevole successo nella dottrina. Il d'Ors<sup>29</sup> respingeva — forse non con troppa convinzione — l'*actio communi dividundo* tra gli usufruttuari, perché — seguendo Biondi e Albertario, suo maestro — collegava inscindibilmente *communio* ed *actio communi dividundo*: secondo questo a., l'usufrutto non era visto dai giuristi romani classici come possibile oggetto di *communio* — e ciò sempre con riferimento alla già vista affermazione di Sabino — e non poteva quindi essere oggetto di *divisio*. Pochi anni dopo, al di fuori del problema della *communio* fra cousufruttuari, l'Ambrosino discuteva il rapporto tra *communio* ed usufrutto, dal punto di vista dei rapporti fra nudo proprietario ed usufruttuario<sup>30</sup>. Per questo autore, ci sarebbe «parziale, ma assai spiccata analogia fra usufrutto e *communio*»<sup>31</sup>, che si concretizza in molti parallellismi strutturali. Il d'Ors<sup>32</sup> riconosceva questa possibilità, ma credeva che non risolvesse tutti i problemi. In effetti l'Ambrosino impostava il problema avendo riguardo al caso della comunione dell'usufrutto che si aveva tra l'usufruttuario parziale ed il proprietario dell'intera cosa, che è solo nudo proprietario per quella parte su cui grava l'usufrutto

L'esclusione dell'*ususfructus* dalla sfera di *communio*, che, senz'altro fondata sulle fonti, era, come abbiamo visto, il fondamento della tesi di Biondi, è stata accentuata da Albertario in modo forse troppo radicale, in accordo con la metodolgia dominante all'epoca in cui l'autore scriveva. Per Albertario, tutto il D. 10, 3, 7, 10 è spurio, di origine compilatoria<sup>33</sup>: i suoi argomenti, al di là di quelli formali, si fondano sulla idea, comune a Biondi, che l'estensione della legittimazione attiva all'*actio communi dividundo* sarebbe giustiniana, in quanto nel regime classico la legittimazione era attribuire a chi aveva la proprietà o si trovava in un rapporto analogo alla medesima (*in bonis, ius in agro vectigalis*) ed anche al possessore *ex iusta causa*<sup>34</sup>.

Pur accettando l'esegesi del suo maestro, lo stesso d'Ors riconosce che dal

<sup>28</sup> Cfr. B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 693, nt. 2, il quale, in base a quanto risulta dal *Vocabularium iurisprudentiae Romanae*, afferma al proposito che «il giudice aggiudica (*scil.* mediante aggiudicazione) ad uno degli eredi o dei condomini la nuda proprietà e ad un altro l'usufrutto» e porta come esempi Gai. 7 ad ed. prov. D. 7, 1, 6, 1; Ulp. 19 ad ed. D. 10, 2, 16, 1-2; D. 10, 3, 6, 10.

<sup>29</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *El problema de la división del usufructo*, in «Anuar. der. civ.», V, 1952, 62 ss.

<sup>30</sup> R. AMBROSINO, *Usufrutto e comunione: profilo storico dell'usufrutto*, in «SDHI», XVI, 1950, 183 ss.

<sup>31</sup> R. AMBROSINO, *Usufrutto*, cit., 187.

<sup>32</sup> In Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 76, nt. 36, vengono citati a questo proposito Lab. 2 post. a lav. epit. D. 33, 2, 31; Pomp. 7 ad Plaut. D. 7, 1, 49.

<sup>33</sup> E. ALBERTARIO, *Svolgimento*, cit., 179: «tutto il successivo § 10 è pure, secondo me, compilatorio»; P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., 30, nt.1, ritiene in generale corretta la ricostruzione dell'Albertario.

<sup>34</sup> E. ALBERTARIO, *Svolgimento*, cit., 168.



passo qui discusso si possa trarre qualche notizia sul diritto classico<sup>35</sup>. Secondo questo autore, l'estensione dell'*actio communi dividundo utilis* ai cousufruttuari non era così assurda, giacché tra loro poteva darsi la comproprietà sui frutti percetti e forse consumati<sup>36</sup>: l'ammissione di codesta *actio* avrebbe potuto agevolare il problema della ripartizione dei frutti e sembrerebbe che in D. 43, 20, 4 (41 *dig.*) Giuliano avrebbe ammesso questo *iudicium* addirittura in una servitù di acqua, diritto essenzialmente indivisibile, proprio fondandosi sull'opinione, che, secondo quanto riferisce il giurista adrianeo, si usa — *plerisque placuit* — concedere il *iudicium communi dividundo utile* ai cousufruttuari<sup>37</sup>. Il problema sembra controverso tra i giuristi classici<sup>38</sup> e bisogna tener presente — richiamato dallo stesso d'Ors<sup>39</sup> — il punto che l'azione divisoria utile era usata per il rendiconto fra i comproprietari dopo il perimento della cosa comune, secondo Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10, 3, 11.

Vediamo il controverso frammento di Giuliano:

Iul. 41 *dig.* D. 43, 20, 4: *Lucio Titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi: quaesitum est, an et Mevio cedere possim, ut per eundem aquae ductum aquam ducat: et si putaveris posse cedi per eundem aquae ductum duobus, quemadmodum uti debeant. respondit: sicut iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit.*

Il Biondi vedeva come scopo di questo *iudicium utile communi dividundo* la semplice regolamentazione del *quemadmodum utantur et fruuntur*, la quale non comportava né la divisione né un'*adiudicatio* e si esauriva, per l'autore, nelle reciproche stipulazioni di usare una parte solo della cosa o forse di usarla per un determinato periodo di tempo<sup>40</sup>. Su questa base egli respinge

<sup>35</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 62 ss., specialmente 76 ss.: v. p. 78, «no debemos rechazar la idea de que todo ese párrafo 10 sea una glosa marginal explicativa del 7, pero no por eso debemos despreciar su información». A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Procedimientos técnicos para la creación jurisprudencial del derecho en Roma*, in «AHDE», XLI V, 1971, 715 ss., crede che l'estensione dell'*actio communi dividundo utilis* a «diversas situaciones de titularidad» protette con *rei vindicationes* concesse con *formula ficticia*. La protezione invece mediante tale *actio utilis* dell'usufrutto, delle servitù (v. Iul. 41 *dig.* D. 43, 20, 4), dell'uso (Paul. 23 *ad ed.* D. 10, 3, 10, 1), della *superficies* (Ulp. 70 *ad ed.* D. 43, 18, 1, 8) sarebbe invece postclassica (FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, 721) e — seguendo l'interpretazione di E. VALINO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1976, 323 ss., interpreta D. 10, 3, 7, 10 come «exigencia recíproca de prestaciones cuando no procede la *a. negotiorum gestorum*».

<sup>36</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 77: «piénsese que no era tan difícil extender ese mismo juicio útil al caso de cousufructo, ya que entre los cousufructuarios podía existir una copropiedad sobre los frutos percibidos y quizá consumidos ya».

<sup>37</sup> A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 40 ss.

<sup>38</sup> Così M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 95, nt. 29, dove cita — con D. 43, 20, 4 — Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7, 1, 13, 3.

<sup>39</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 77.

<sup>40</sup> B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 693 ss.

l'impiego nel caso di un'azione propriamente divisoria, perché, secondo il suo parere, l'usufrutto non aveva ad oggetto la *res*, ma soltanto i frutti: opinione, oggi non accettata dalla dottrina, in cui Biondi seguiva la teoria dell'usufrutto di Riccobono<sup>41</sup>. Se si tiene presente che anche la *res* rileva nell'ambito di questa figura, propriamente per quanto concerne l'*usus*, sembra forzato ridurre la portata del *iudicium utile* alle dette stipulazioni, a parte il problema di determinare esattamente tale portata<sup>42</sup>.

Un'ulteriore argomento contro l'opinione qui discussa si può vedere in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7, 1, 13, 3, dove, se si accetta la genuinità del frammento su questo punto, il *iudicium* viene ricordato accanto alla menzione delle stipulazioni pretorie:

Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7, 1, 13, 3: *Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi communi dividundo iudicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruuntur: cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere? quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram.*

La presenza di un *ius controversum* rappresenta, a mio avviso, l'aspetto decisivo. E bisogna tener conto dell'indizio indiretto rappresentato dal fatto che in Paul. 23 *ad ed.* D. 10, 3, 10, 1, che verrà esaminato qui appresso<sup>43</sup>, si parla di una *actio communi dividundo* con lo scopo di procedere alla divisione di un diritto di *usus sine fructu*. Per D. 7, 1, 13, 3, il d'Ors<sup>44</sup> si stacca dall'opinione di Albertario, che lo riteneva interpolato<sup>45</sup> e condivide, in un certo modo, il parere di Biondi<sup>46</sup>, che ritiene genuina la menzione del *iudicium communi dividundo utile*, ma considera ancora come ostacolo la indivisibilità dell'usufrutto. E — ancora di più — contro il parere dell'Albertario, ritiene che sarebbe in teoria possibile l'estensione del *iudicium utile* — se non

<sup>41</sup> B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 693, nt. 3, cita S. RICCOBONO, *Lezioni d'Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1907-1908. 377 s., che non mi è stato possibile vedere.

<sup>42</sup> Lo stato delle fonti non ci permette di ricostruire la formula di questa azione. Nell'*actio communi dividundo* era contenuta una clausola che riguarda le *praestationes* (O. LENEL, *Edictum*<sup>3</sup>, cit., 210), ma essa era sussidiaria all'*adiudicatio*, che portava sulla divisione. Non è facile determinare se e come la divisione avvenisse nel *iudicium utile*, ma non sembra che questo si limitasse soltanto alle *stipulationes*. Forse l'imposizione di locazioni dell'usufrutto da effettuarsi da parte dei cusufruttuari rappresentava un mezzo molto usato per raggiungere un risultato analogo alla divisione.

<sup>43</sup> *Infra*, § 3.

<sup>44</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 77 ss.

<sup>45</sup> E. ALBERTARIO, *Svolgimento*, cit., 179.

<sup>46</sup> B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 694 s.: egli afferma che Giuliano in Ulp. 18 *ad ed.* D. 7, 1, 13, 3 «parla di *quasi communi dividundo iudicium* perchè ha presente la struttura speciale di quest'azione e non dimentica l'ostacolo dommatico insormontabile per l'ammissione della semplice *actio communi dividundo*» (*op. cit.*, 695). Cio ha, secondo lui, relazione con l'inesistenza di una vera e propria *communio*. Il *quasi* starebbe a indicare lo «scrupolo teorico dei classici».

fosse per il problema della indivisibilità — perché c'è una estensione analoga nel caso degli *interdicta*, secondo Vat. Fragm. 90-93. Forse la l. 13, 3 non è del tutto genuina, ma presenta una soluzione possibile anche in epoca classica per chiedere la divisione di un diritto per se indivisibile o per raggiungere il risultato pratico della divisione in senso proprio<sup>47</sup>.

Nella sua accurata analisi sulle *actiones utiles*, il Valiño non prende in considerazione Ulp. 20 *ad ed.* D. 10, 3, 7, 10, ma esprime il suo parere sull'*actio communi dividundo utilis* in relazione al già visto Ulp. 18 *ad ed.* D. 7, 1, 13, 3, con riferimento a Giuliano<sup>48</sup>. Nella linea del d'Ors<sup>49</sup>, il Valiño si riferisce al *iudicium utile* ammesso da Giuliano in D. 43, 20, 4 (41 *dig.*), dov'è chiamato *quasi communi dividundo (iudicium)*, sottolineando anche la soluzione proposta dal giurista nel senso delle *stipulationes praetoriae*, allo scopo di regolare la futura distribuzione dei frutti<sup>50</sup>. Egli ricorda altresì che per molti autori si tratta di un testo rimaneggiato, ma sostanzialmente classico nella soluzione offerta, ma sembra condividere la tesi che *esse-vel* sia una interpolazione o forse una glossa. Sulla possibilità di una *actio communi dividundo utilis* per i coudifruttuari, questo autore esclude che si tratti di un'azione di tal fatta, poiché non si trova nei testi alcun ricordo di un'*adiudicatio*.

Anche noi crediamo che per un'azione divisoria in senso proprio sia necessaria l'*adiudicatio*, come abbiamo dianzi visto che affermano d'Ors e Valiño. È altresì vero che quest'ultima dovrebbe portare all'estinzione dell'usufrutto<sup>51</sup>, ma è probabile che l'*actio communi dividundo utilis*, costruita forse sulla base di una *fictio* in cui si ordinava di considerare gli usufruttuari come se fossero proprietari, non implichi una vera e propria divisione dell'usufrutto, ma soltanto effetti diversi che, come quelli menzionati nel già commentato Ulp. 20 *ad ed.* D. 10, 3, 7, 10, hanno per risultato la divisione pratica — sul piano economico — di un diritto considerato indivisibile. Tale *fictio* porta ad una divisione, senza le implicazioni dommatiche di una divisione in senso proprio (quale era in generale la conseguenza di un'*adiudicatio*), ciò che significherebbe assimilare l'usufrutto ad una *res* e quindi al *dominium*. È per questo ed altresì in base all'esegesi di Ulp. 20 *ad ed.* D. 10,

<sup>47</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 78. B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 625 e n. 2, si riferisce, per l'impiego di *quasi* per qualificare l'azione, alla teoria di S. RICCOBONO, *Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso dell'avverbio 'quasi'* (1895), in *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, 461 ss.: *quasi* sarebbe un mezzo utilizzato dai giuristi classici, in virtù del quale essi poterono raggiungere per vie oblique quei fini che non si potevano conseguire con le vie dirette, pur tenendo fermi e rispettando i principi fondamentali del sistema, ciò in cui questo autore si distacca dalla posizione ipercritica dell'Albertario.

<sup>48</sup> E. VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 362 ss.

<sup>49</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 79

<sup>50</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 79; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 362, il quale afferma, con prudenza: «en todo caso parece claro que no se puede hablar de *actio communi dividundo* si no se refleja en los textos una forma de *adiudicatio*». Dello stesso avviso è FERNÁNDEZ BARREIRO, *La actio communi dividundo utilis*, in *Estudios J. Santa Cruz Teijeiro I*, Valencia, 1974, 283 ss.

<sup>51</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 75.

3, 7, 10 che crediamo col d'Ors che non si possa ritenere interpolato, come affermava Albertario D. 7, 1, 13, 3, ma che neppure vi sia necessità di pensare ad una vera e propria *adiudicatio*, perchè, benché si basi forse sulla finzione della proprietà, il provvedimento del giudice non divide la cosa ma solo l'utilizzazione economica del diritto, che formalmente rimane indiviso. Le prestazioni, d'altronde, sono sempre secondarie, vale a dire che la *actio communi dividundo* tende, in primo luogo, a porre fine adda comunione e, successivamente, a liquidare le *praestationes* che siano dovute. Non v'è azione fondata soltanto sulle *praestationes* in sé considerate<sup>52</sup>.

È, infine, significativo che, in un altro esempio che le fonti ci offrono, parte della dottrina abbia voluto vedere una interpolazione, e che questo esempio si trovi nel già ricordato<sup>53</sup> frammento di Paolo dove — riferita a Sabino — si trova l'affermazione *nulla communio iuris esset*:

Paul. 9 *ad Plaut.* D. 45, 3, 32: *Si, cum duobus ususfructus esset in servo, et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio esset. sed verius est utili communi dividundo iudicio inter eos agi posse.*

In questo famoso frammento sul cousufrutto dello schiavo, le divergenze tra gli interpreti sono notevoli. Per l'Albertario<sup>54</sup>, la frase finale *sed verius posse* sarebbe una interpolazione, ma ci sembra, con Grosso<sup>55</sup>, trattarsi più che di un intervento compilatorio di una abbreviazione del resoconto del dibattito tra i giuristi: cioè, fra Sabino e i *veteres*, da una parte, ed Aristone e Labeone, dall'altra, come afferma il Bretone<sup>56</sup>. Grosso parla di un livellamento, in quanto percepisce l'intervento di una mano postclassica che semplifica il dibattito e livella il risultato appiattendolo sulla concessione del *iudicium communi dividundo utile* che l'autore crede esser verosimile «fosse proposto nell'editto», ma non applicato ai cousufruttuari. Il Biondi credeva nella interpolazione, ma non tanto per motivi formali, dato che egli ammette la classicità dell'espressione *sed verius*, quanto per ragioni di logica interna. Per questo autore, non sarebbe verosimile che se, nello stesso frammento, Paolo escludeva l'ammissibilità della *communio* sull'usufrutto, in accordo con Sabino, e non riconosceva la divisibilità di tale diritto, ammettesse poi il

<sup>52</sup> A, BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 231 ss.

<sup>53</sup> *Supra*, § 2.

<sup>54</sup> *Svolgimento*, cit., 176; cfr. anche B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 696.

<sup>55</sup> *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 330.

<sup>56</sup> Sul senso in cui *veteres* viene qui usato da Paolo, v. M. BRETONE, *La nozione*, I, cit., 55 ss., il quale crede che i *veteres* «menzionati da Paolo vadano collocati negli ultimi anni della Repubblica e vadano identificati (presumibilmente) fra i discepoli di Servio, o fra i giuristi non legati a nessuna scuola, come Trebazio Testa». Per altre opinioni, v. BRETONE, *op. ult. cit.*, 56, nt. 2.

*iudicium communi dividundo utile*. Noi crediamo che, accettando l'idea del raccorciamento del passo difesa da Grosso, sia possibile ritenere credere che è stato soppresso il resoconto del dibattito fra i giuristi, ma che all'esclusione della *actio communi dividundo* si fosse probabilmente ovviato con l'ammissione del *iudicium utile*.

3. Una rilevanza ai nostri fini è riconosciuta a Paul. 23 *ad ed.* D. 10, 3, 10, 1 anche da Pugliese e da Bretonne<sup>57</sup>, il quale ultimo adduce inoltre Gai. 2 *r. cott.* D. 7, 8, 11 (= I. 2, 5, 1) come argomento che conferma, indirettamente, la classicità della *locatio usus fructus*.

Paul. 23 *ad ed.* D. 10, 3, 10, 1: *Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio, videamus. sed praetor interveniet et rem emendabit, ut si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter qui mercedem accipit non uti, quasi plus faciat qui videatur frui, quia hoc propter necessitatem fit.*

Gai. 2 *r. cott.* D. 7, 8, 11: *Inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit; nec ulli alii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest.*

In D. 10, 3, 10, 1, l'Albertario<sup>58</sup> ritiene interpolato *quemadmodum-fit*, ma non sospetta della parte del passo dove si accenna alla locazione dell'*usus*. Simile è l'atteggiamento assunto dal Grosso, che parla di «una mano post-classica», alla quale si dovrebbe la menzione del *iudicium communi dividundo*<sup>59</sup>. La seconda parte sarebbe «molto rimaneggiata», senza però che l'autore specificasse le ragioni che l'avevano indotto a tale affermazione.

In poche parole, il problema dell'indivisibilità dell'*ususfructus* ha rappresentato la difficoltà più grande per ammettere la genuinità della soluzione contenuta in Ulp. 20 *ad ed.* D. 10, 3, 7, 10, laddove presenta il *locare usum fructum* come mezzo per risolvere il problema della divisione del *consufrutto*. Risale a Bretonne<sup>60</sup> il merito di aver chiarito questo punto con il riferimento al processo storico che ha portato a superare la nozione materialistica di questa figura, onde la sua analisi ci permette di trarre qualche conclusione intorno al nostro argomento.

A nostro parere, la ricostruzione dell'evoluzione storica dell'istituto fatta

<sup>57</sup> M. BRETONNE, *Nozione*, I. cit., 100, nt. 35; G. PUGLIESE, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 434, nt. 5.

<sup>58</sup> *Svolgimento*, cit., 176 ss.

<sup>59</sup> G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 490, riconosce, tuttavia, che la locazione sarebbe un mezzo per risolvere il problema per quanto riguarda l'*usufrutto*, il quale sarebbe risultato impossibile nel diritto di uso, data la natura di quest'ultimo.

<sup>60</sup> *Nozione*, I, cit., 54 ss.

da Bretone<sup>61</sup> dimostra che «l'autonoma determinazione strutturale» dell'usufruttuario rispetto al proprietario è già affermata in Labeone in D. 33, 2, 31 (2 *post. a Iav. epit.*), il che comporta l'implicita ammissione della divisibilità dell'usufrutto<sup>62</sup>. Si era venuto così a creare una rilevante differenza di opinione fra Labeone e i *veteres*<sup>63</sup>. Questi ultimi — prosegue Bretone — erano ancora seguiti da Sabino come risulta da D. 45, 3, 39, in un momento nel quale la tendenza dei giuristi era quella di costruire l'usufrutto come un diritto divisibile, secondo la testimonianza di Ulp. 17 *ad Sab. Vat. Fragm.* 75, 4 e 5. L'atteggiamento di Sabino, quindi, sarebbe rimasto isolato, senza assumere una portata generale. Ciò non significa l'ammissione «tout-court» della *actio communi dividundo* tra i cusufruttuari, ma rende secondo noi possibile una soluzione nel senso dell'*actio communi dividundo utilis*, evidenziando altresì l'esistenza di un *ius controversum*, già dal d'Ors<sup>64</sup>.

Ulp. 17 *ad Sab. Vat. Fragm.* 75, 4: *Pomponius ait libro VII ex Plautio relata Iuliani sententia quosdam esse in diversam opinionem; nec enim magis socio debere ad crescere, quam deberet ei, qui fundi habens usum fructum partem usus fructus proprietario cessit vel non utendo amisit. 5 Ego autem Iuliani sententiam non ratione ad crescendi probandam puto, sed eo, quod quamdiu servus est, cuius persona in legato spectatur, non debet perire portio. urgetur tamen Iuliani sententia argumentis Pomponi: quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus libro XVIII digestorum refert, eum, qui partem usus fructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere. quam sententiam ipse ut stolidam reprehendit: etenim esse incogitabile eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi.*

<sup>61</sup> *Nozione*, I, cit., 68,

<sup>62</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 68 ss.

<sup>63</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 55 ss., che si riferisce a Paul. *lib. sing. ad leg. Falc.* Vat. Fragm. 68. Su questo frammento, che ha una doppia tradizione, essendo riportato anche in D. 35, 2, 1, 9, ) si è soffermato F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 423 ss. Anche se il Bretone non si riferisce al confronto fra queste due tradizioni, esso è per noi importante, perché rappresentava uno degli argomenti di B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 693, nt. 4, per respingere la classicità della divisibilità dell'usufrutto. È vero che in D. 35, 2, 1, 9, si menziona questa divisibilità: *si usus fructus legatus sit (qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt), veteres quidem aesti mandum totum usum fructum putabant et ita constituendum, quantum sit in legato*, mentre nel frammentario Vat. Fragm. 68 viene così ricostruito: [*usu fructu legato (nam) iter non recipit hanc quaestionem*], [*quia et dividi potest ...*]. Sulla base di Vat. Fragm. 68 non è permesso, come credeva il Biondi, di negare che tra i classici si ammetteva la possibilità di dividere l'usufrutto. Il confronto, secondo F. WIEACKER, *Textstufen*, cit., 424, non è verosimile che nel testo di *Frag. Vat.* fosse caduta una negazione: «daß in V etwa nur ein non ausgefallen wäre (*iter non recipiit h. q., quia et dividi <non> potest*) wird bereits durch et, vor allem aber durch D *qui et dividi potest* ausgeschlossen». Si deve anche sottolineare come sia nel Digesto che si trova la lezione corretta *qui* in luogo della scorretta *quia*. Potrebbe essere un glossema *iter non recipi hanc quaestionem*, sostituito dai compilatori con *non sicut ceterae servitutes individuae sunt*, sulla base della concezione dell'usufrutto come servitù personale. In certi aspetti il testo tradito nella compilazione sembra più chiaro di quello pervenutoci attraverso i *Vaticana Fragmenta*.

<sup>64</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 74: «este dato nos hace vislumbrar ya que la afirmación de una divisibilidad absoluta del usufructo es producto de una elaboración doctrinal».

Anche questo frammento, come D. 7, 1, 12, 12, di cui parleremo appresso<sup>65</sup>, appartiene al lb. 17 *ad Sabinum*. L'opinione di Pomponio sugli effetti della *in iure cessio*, secondo la quale l'alienazione di una *pars usus fructus* comportava il consolidamento di questa parte con la proprietà, implica che c'è una divergenza con Sabino. Per Sabino, non è riconosciuta all'*in iure cessio* l'efficacia di trasferire una *pars usus fructus* non solo per i motivi che si connettono alla *in iure cessio* (aspetto codesto che ha attirato l'attenzione degli interpreti), ma, probabilmente, anche per l'indivisibilità dell'usufrutto sostenuta da questo giurista in accordo con i *veteres*<sup>66</sup>. Quale fosse il fondamento della decisione di Pomponio si coglie in uno dei frammenti che riguardano la possibilità di *locare usum fructum*, nell'ambito di una discussione che riguardava i mezzi con cui attuare la restituzione della dote:

Pomp. 8 *ad Q. Mucium* D. 23, 3, 66: *Si usus fructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.*

È pacifica l'impossibilità della cessione dell'usufrutto a terzi, perché, come sintetizza il Grosso, citando Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7, 4, 3, 3, «il *ius fruendi* è aderente alla persona del titolare»<sup>67</sup>. Ma la portata di questo principio non è così pacifica, forse a causa di una famosa antinomia che esiste tra questo frammento di Pomponio e Gai 2, 30: antinomia molto discussa, e che ha portato vari studiosi a sospettare un'alterazione in D. 23, 3, 66<sup>68</sup>. Tuttavia, la seconda parte del frammento, ove *locare usum fructum* si rivela come una soluzione al problema concreto della restituzione della dote, non è stata rifiutata da Amirante per ragioni formali. Il punto più discusso è, senza dubbio, la così detta «aggiunta»<sup>69</sup> *sed ad dominum proprietatis reversurum usum*

<sup>65</sup> *Infra*, § 4..

<sup>66</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 86 ss. Per quanto riguarda la soluzione di Sabino l'a. afferma che «la *in iure cessio* della *pars usus fructus* non determinava ... per l'usufruttuario la perdita parziale del suo diritto» (*op. ult. cit.*, 87).

<sup>67</sup> G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 309.

<sup>68</sup> V., per la letteratura critica, S. SOLAZZI, *Tra Gaio (2. 30) e Pomponio (D. 23. 3. 66)*, in «La-beo», I, 1955, 53 ss.

<sup>69</sup> G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 310. L'autore riassume così lo *status quaestionis*: Perozzi: interpolazione giustiniana; De Francisci: glossa postclassica apposta da chi non si rendeva conto del suo significato o (Solazzi) invece ne era consapevole. Uno *status quaestionis* più completo si trova in M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 90, nt. 16: cfr. anche *Index Interpolationum*, ad b.l.

*fructum*. Ma noi crediamo, con il Bretone<sup>70</sup>, che l'unico tratto insitico, in quanto glossema spiegativo di *exstraneus*, sia soltanto *id est-habebat*.

Al proposito, va presa in considerazione ricordato la già accennata antinomia tra Pomponio e Gaio:

Gai 2, 30: *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usum fructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discebat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo domino proprietatis usum fructum efficit, ut a se discebat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

In poche parole, la cessione dell'usufrutto a un terzo non avrebbe effetti per Gaio (*creditur enim ea cessione nihil agi*), ma ne comportebbe l'estinzione per Pomponio<sup>71</sup>, in quanto esso si consoliderebbe con la nuda proprietà. Tale problema non sembra avere un rapporto essenziale col nostro argomento, ma diffidare della genuinità di D. 23, 6, 66 porta metter da parte uno dei quattro testi in cui si parla di *locare usum fructum*. È, a nostro avviso, da seguire l'affermazione del Bretone, il quale osserva che la causa della divergenza delle opinioni di Sabino e di Pomponio non andava trovata nella struttura della *in iure cessio*, come invece potrebbe essere accaduto nel caso del contrasto tra Gaio e Pomponio<sup>72</sup>. Nel caso della *in iure cessio* di una *pars usus fructus*, in Vat. Fragm. 75, 4, Pomponio «si pronunciava in senso nettamente difforme da Sabino»<sup>73</sup>. Il rapporto tra i due testi evidenzia come, in sede di *in iure cessio*, il problema riguardasse la questione della divisibilità dell'usufrutto: riprendendo le parole di Bretone, «al fondo della decisione di Sabino vi è, a nostro parere, lo stesso convincimento che i *veteres* avevano espresso trattando della *lex Falcidia*: all'*usus fructus* non si applicava lo schema della quota; mentre la diversa soluzione di Pomponio si lega all'indirizzo che, iniziato da Labeone, aveva trovato in Aristone un notevole sostenitore»<sup>74</sup>. Sabino avrebbe ripreso la tesi dei *veteres* ma, a partire da Aristone, la giurisprudenza fu unanime nell'adottare la posizione affermata da Labeone sulla divisione dell'usufrutto e sulla conseguente applicazione dello schema della quota nell'ambito dei problemi rilevanti dalla *lex Falcidia*. Secondo il Bretone, quindi, in Paul. 9 *ad Plaut.* D. 45, 3, 32, si trova una prova che

<sup>70</sup> *Nozione*, I, cit., 90, nt. 16.

<sup>71</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 85 ss.

<sup>72</sup> Sull'argomento, v. M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 86 ss. Va sottolineata la discussione sul valore dell'*in iure cessio* in F. WIEACKER, *Textstufen*, cit., 296 ss.

<sup>73</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 90.

<sup>74</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 90 s.



Sabino escludeva la configurabilità della *communio* tra usufruttuari<sup>75</sup>. Come abbiamo già indicato<sup>76</sup>, il problema è sta nel fatto che la frase *quoniam inter eos nulla communi iuris esset* è stata considerata, ad esempio da Biondi, come il pensiero di tutti i giuristi classici e quindi come il fondamento per ritenere interpolato Ulp. 19 *ad ed.* D. 10, 2, 16 pr., dove il giurista ammette la *communio usus fructus*<sup>77</sup>. Se si accetta la possibilità di tale *communio*, acquista un senso plausibile la casistica di D. 10, 3, 7, 10, perché sfuma la ragione principale per sospettare del testo, vale a dire l'ammissione dell'*actio communi dividundo utilis* tra i cousufruttuari<sup>78</sup>, e si può prospettare così l'eventualità che, tra le altre enumerate nel testo, il giudice ricorresse alla soluzione di *locare* l'usufrutto a uno dei cousufruttuari quando veniva a finire la comunità tra loro.

4. Ritornando alla seconda parte di D. 23, 3, 66, si è già detto<sup>79</sup> che Amirante nega l'ammissibilità della *locatio usus fructus*, non solo sulla base delle alterazioni formali, le quali vengono circoscritte alla prima parte, ma per ragioni dogmatiche. L'autore si fonda su Ulp. 69 *ad ed.* D. 19, 2, 46, e respinge la configurabilità di una locazione dell'usufrutto alla moglie «allo scopo di realizzare la restituzione dell'usufrutto costituito in dote»<sup>80</sup>. Si tratta, a nostro avviso, di una misura che vuole evitare l'estinzione dell'usufrutto per conservare a favore della moglie il diritto a percepire i frutti: ma, poiché è fatta *nummo uno*, Amirante la considera nulla:

Ulp. 69 *ad ed.* D. 19, 2, 46: *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.*

A nostro avviso, nel pensiero di Pomponio, la *locatio nummo uno* rappresenta un'eccezione ammessa *remedii loco*, forse sulla base della *utilitas*, contro la quale non è dunque decisivo, per affermarne il carattere non genuino, il principio affermato nel passo di Ulpiano, che costituisce, crediamo, una regola di carattere generale, ma che può ammettere eccezioni. Lo stesso Lenel<sup>81</sup> parlava di una geminazione con Ulp. 69 *ad ed.* D. 41, 2, 10, 2<sup>82</sup>, ipo

<sup>75</sup> È diffusa l'opinione che generalizza a tutto il diritto classico la validità del pensiero di Sabino: vd., ad es., B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 696, che ritiene interpolata la parte finale del frammento: *sed verius est utili communi dividundo iudicio inter eos agi posse*. Come abbiamo detto *supra*, § 2, questo autore ammette che la locuzione *verius est* «è certamente forma classica, ma di fronte alla recisa motivazione di Sabino ed ai dubbi della giurisprudenza sull'azione utile per l'usufrutto (si noti il *plerisque placuit* del fr. 4 D. 43. 20), mi pare poco verosimile che Paolo si sia potuto esprimere in tal modo».

<sup>76</sup> *Supra*, § 2.

<sup>77</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 93 s.; B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 685.

<sup>78</sup> M. BRETONE, *Nozione*, ' , cit., 92 ss.

<sup>79</sup> *Supra*, § 3.

<sup>80</sup> L. AMIRANTE, *'Locare usum fructum'*, cit., 209 ss..

<sup>81</sup> *Palingenesia*, II, cit., 816, nt. 3 (ad nr. 1525).

tesi che Mayer Maly<sup>83</sup> condivide<sup>84</sup>. Per quest'ultimo autore, è senza alcun dubbio da escludere che Ulpiano trattasse due volte il medesimo problema nel lb. 69 *ad edictum*, e sarebbero stati i compilatori a riassumere in D. 19, 2, 46 il discorso del giurista classico, attribuendovi una portata generale che esso in realtà non aveva: e ciò tenendo anche presente il modello rappresentato da Paul 24 *ad ed.* D. 19, 2, 20, 1. Inoltre, Pomponio non parla, in D. 23, 3, 66, in effetti di locazione *nummo uno*, ma di *emptio nummo uno*. Archi, uno degli *auctores* invocati dall'Amirante, non si esprime in modo così radicale<sup>85</sup>.

Accantonate le ragioni dommatiche, le ragioni formali per ritenere spurio D. 10, 3, 7, 10 non sono, a nostro avviso, sufficienti, benché vi siano evidenti tracce che rivelano che il frammento non ci è arrivato senza alterazione<sup>86</sup>. La prima consiste nella mancanza della qualificazione di *utile* per il *iudicium communi dividundo*, ed è facilmente spiegabile tenendo conto della concezione del sistema delle azioni propria dei giustinianeî. Non sembra però fondata l'opinione del Biondi, che considerava tutto il § 10 come una glossa a D. 10, 3, 7, 7<sup>87</sup>. Il Biondi parte dalla premessa che il § 10 appare fuori posto, perché la sua sede naturale sarebbe dopo il § 7. Nei §§ 8 e 9 si parla, infatti, delle *missiones in possessionem* e soltanto nel § 10 appare di nuovo l'usufrutto.

A nostro avviso, la riforma giustiniana dell'azione divisoria — in una forse con l'intervento dei postclassici — ha impedito che ci giungesse per intero il testo di Ulpiano che trattava dell'*actio utilis*, ma il linguaggio del passo non

<sup>82</sup> *Si quis conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat quia conductio nulla est, quae est in nummo uno: sin vero precario, tunc distinguendum, quid prius factum est.* È, quanto sembra, per generalizzare il principio che sta alla base della decisione di questo caso concreto che i compilatori hanno aggiunto D. 19, 2, 46, come regola di portata generale.

<sup>83</sup> *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien, 1956, 129. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 280 e nt. 73, ammette la geminazione, ma crede che «la regola sia nella sostanza classica».

<sup>84</sup> A nostro avviso, l'affermazione della nullità della *locatio nummo uno* va intesa nell'ambito della problematica dei rapporti tra precario e locazione.

<sup>85</sup> G.G. ARCHI, *La donazione*, Milano, 1960, 102, il quale — relativamente al *pretium* come elemento essenziale nella compravendita — che «non ha importanza il fatto che la vendita sia fatta *vilio-re pretio*, e cioè contenga un elemento di liberalità» (*op. cit.*, 101), ma è di diverso parere in ordine al nostro frammento.

<sup>86</sup> Alla valutazione di Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 78 ss., che considerano il contenuto del testo sostanzialmente classico, mentre non sarebbe integralmente tale la forma, si potrebbe aggiungere quella di G. SEGRE, *Scritti giuridici* II, Torino, 1938, 655, n. 1, dove esprime dubbi solo sul punto se il *quasi* abbia preso il posto di *utile*. Secondo G. WESENER, *Julians Lehre vom usufructus*, in «ZSS», LXXXI, 1964, 102, «die Stelle dürfte sprachlich wohl überarbeitet sein, sowohl der Ausdruck *aequissimum* auch *quasi* deuten auf eine nachklassische Textveränderung hin». L'autore riconosce l'esistenza del problema di un rimaneggiamento postclassico del testo, soprattutto a causa dei termini *aequissimum* e *quasi*, ma ammette egualmente la genuinità del *iudicium communi dividundo utile* (*op. cit.*, 101 ss.).

<sup>87</sup> B. BIONDI, *Legittimazione*, cit., 697 ss. Restano ancora aperti i problemi della struttura di questo *iudicium utile*, ad esempio per quanto riguarda la parte della formula relativa alle *praestationes*, presente nell'*actio communi dividundo*.

sembra spurio, nonostante il parere contrario dell'Albertario, per cui, ad es., sarebbe indizio d'interpolazione l'uso del futuro, tipico modo di esprimersi del legislatore<sup>88</sup>; ma l'Honoré pensa invece che l'uso del futuro sia un elemento caratteristico dello stile ulpiano<sup>89</sup>. Inoltre, il frammento ha una sua logica interna: la locazione dell'usufrutto e le altre alternative che si prospettano per il giudice come mezzo per risolvere la controversia, mostrano probabilmente che il giurista partiva dalla constatazione che non esisteva *stricto sensu* la divisibilità fisica dell'usufrutto.

Non credo vi sia bisogno di ipotizzare uno spostamento dei paragrafi della l. 7. Anche se si accettasse che il frammento è spostato, l'informazione fornita dal testo sembra classica<sup>90</sup>. Il d'Ors ha mostrato che, se fosse legittimo il riparto dell'usufrutto *regionibus*, le altre possibilità non avrebbero avuto senso<sup>91</sup> e ciò prova, a nostro parere, che la parte del passo in cui si enumerano le alternative che può seguire il giudice è genuina, e — a causa dell'ammissione della *actio communi dividundo* in epoca giustiniana — vengono conservate nel Digesto, dove rappresentano un residuo del testo originale, nel quale avevano una funzione più importante. Crediamo che tale l'esperibilità del *iudicium utile* introdotto da Giuliano non sia stata senza conseguenze. Da una parte, essa significherebbe che non si ammetteva propriamente la divisibilità *regionibus*, ma, allo stesso tempo, che gli effetti pratici degli altri modi di divisione non si riducevano alle *stipulationes pretoriae* ricordate in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7, 1, 13, 3, come avverrebbe ad espungere, perché spuria, la frase *quasi communi dividundo iudicium dari*. La locazione dell'usufrutto appare un mezzo tra gli altri per superare le difficoltà derivanti dall'indivisibilità fisica, sulla base di una concezione più astratta e immateriale del diritto che permette, attraverso un *iudicium utile*, una divisione come risultato finale. La complessa evoluzione dottrinale che aveva permesso di arrivare a soluzioni comparabili, lo ripetiamo, non è stata sempre compresa.

L'ammissione — contro Sabino — di una certa divisibilità dell'usufrutto non significa però che fosse pacifica la concessione dell'*actio communi dividundo utilis*. Nel modo di esprimersi di Giuliano vi sono ancora tracce del dibattito, ad es., in D. 43, 20, 4 (*non erit iniquum ... plerisque placuit*), e va tenuto presente, d'altra parte, il fatto che in D. 7, 1, 13, 3 (18 *ad Sab*) Ulpiano si riferisce, per difendere questa soluzione, a Giuliano ed a Celso. Nella citazione del pensiero di Giuliano fatta in Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7, 1, 12, 2

<sup>88</sup> E. ALBERTARIO, *Svolgimento*, cit., 179.

<sup>89</sup> A. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 65 ss.

<sup>90</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 76.

<sup>91</sup> Á. D'ORS - J. BONET CORREA, *Problema*, cit., 79: «la serie de soluciones que se presenta presupone que existe una dificultad, la de la indivisibilidad y de ahí que quizás podamos reputar como imposible la primera solución, la de un reparto por regiones determinadas: si esa división fuera posible, holgaban todas las otras, pues querría decir que el usufructo era físicamente divisible, como la misma propiedad sobre el fundo».

troviamo il riferimento a Pomponio, al quale il giurista severiano si riporta anche per il pensiero di Cassio e di Pegaso: quanto nella l. 12, 2 ci sembra più importante è che potrebbe esistere un rapporto tra la disciplina della divisibilità e quella della estinzione, in quanto la divisibilità porta con sé una nozione meno materialistica dell'usufrutto: quest'ultima nozione comporta per l'appunto problemi in relazione quanto all'estinzione del diritto stesso.

Crediamo quindi che il *ius controversum* tra Sabino e Labeone, risolto, secondo il Bretone, in favore del secondo rientrasse nel contenuto originale della discussione sul *locare usum fructum* di Ulpiano. I problemi della conservazione del diritto di usufrutto sembrano essere, in qualche maniera, collegati a quelli della cessione e risultano, a loro volta, condizionati dal trattamento della locazione dell'usufrutto.

Sull'esercizio del diritto di usufrutto, in relazione al problema della divisibilità, trattato da Ulpiano nello stesso lb, 17 *ad Sabinum*, abbiamo due testi significativi. Il primo è D. 7, 1, 12, 2:

*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur. sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque ideo retinere usum fructum, et hoc Cassius et Pegasus responderunt et Pomponius libro quinto ex Sabino probat. non solum autem si ego locavero, retineo usum fructum, sed et si alius negotium meum gerens locaverit usum fructum, Iulianus libro trigensimo quinto scripsit retinere me usum fructum. quid tamen si non locavero, sed absente et ignorante me negotium meum gerens utatur quis et fruatur? nihilo minus retineo usum fructum (quod et Pomponius libro quinto probat) per hoc, quod negotiorum gestorum actionem adquisivi.*

L'argomento principale del testo riguarda l'estinzione dell'usufrutto per mancato esercizio. Come sappiamo, l'estinzione per non uso si produceva per lo stesso tempo richiesto per l'usucapione (Paul. Sent. 3, 6, 28; 30), ma l'esercizio del conduttore valeva ad impedire la perdita del diritto<sup>92</sup>. Secondo lo Schulz, la prima frase (*usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest*) risalirebbe a Sabino, in quanto sarebbe il lemma commentato da Ulpiano<sup>93</sup>. Se fosse vera questa affermazione, Sabino ammetterebbe il diritto a locare la *res* in usufrutto, cioè, l'esercizio della medesima. Questo non rappresenta per sé nessuna novità, ma nel commento

<sup>92</sup> G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 389.

<sup>93</sup> V. F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian-Sabinus-Commentar*, Weimar, 1906, 37, la cui opinione è condivisa da M. BRETONE, *Nozione*, I, cit., 100, nt. 36. Sull'opera di Ulpiano, cfr. anche F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, 212, il quale la definiva come «consistently lemmatic», riassumendo così il suo pensiero: «in the Digest, the signatures Sabinus and Ulpianus have been cancelled, so that the distinction between lemmata and commentary is blurred, but at times one can make out the classical form of the text». Vi sono, del resto, dei casi dove la distinzione sopravvive, come, ad es., in Vat. Fragm. 269.

di Ulpiano – nella seconda parte – si parla di *locare, vendere* ecc.... *usum fructum*. Ed ecco uno dei motivi per ritenere il frammento interpolato o, al meno, alterato: l'Amirante aderiva su questo particolare punto alla esegesi di Solazzi<sup>94</sup>.

Il Bretone sottolinea invece quale problema fondamentale quello della conservazione del diritto, il modo di evitare di perderlo per non uso, se cioè l'esercizio del diritto si concreta nel vendere o locare l'usufrutto o nel fatto che il compratore o il conduttore *utantur* per l'usufruttuario. Sabino, Cassio, Pegaso, a cui si unisce Gaio in D. 7, 1, 39 (7 *ad ed. prov.*)<sup>95</sup> difendono la prima soluzione, mentre Pomponio e Ulpiano (come si evince da Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7, 4, 29 pr.) non sembrano dividerla pienamente.

Nella seconda parte del frammento, più direttamente connessa alla nostra questione, si riscontra un atteggiamento più convinto da parte di Ulpiano quando riferisce il pensiero di Giuliano (*non solum autem si ego locavero, retineo usum fructum, sed et si alius negotium meum gerens locaverit usum fructum*). L'usufrutto non si perde neppure quando la locazione è conclusa da un *negotiorum gestor*, nell'ignoranza dell'usufruttuario. I sospetti d'interpolazione accennati da Solazzi sono l'unico argomento su cui si fonda l'Amirante<sup>96</sup>, ma essi si limitano all'affermazione che la menzione dell'*usus fructus* non è verosimile perché nella prima parte del brano si parla di *res*<sup>97</sup>.

In realtà, la prima parte del testo riporta le parole di Sabino e non riflettono il pensiero di Ulpiano. A questo proposito appare significativo che sia proprio Pomponio la fonte del *ius controversum*, dato che Ulpiano, secondo Honoré, cita i *veteres* attraverso Pomponio della polemica: sembra invece che Pomponio sia, come pensa Honoré, il mezzo che usa Ulpiano per trovare le citazioni dei *veteres*<sup>98</sup>.

È poi da esaminare Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7, 4, 29 pr.:

*Pomponius quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit eumque fundum vendiderit Seio non deducto usufructu, an usum fructum per emptorem retineam. et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usum fructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fructus est emptor:*

<sup>94</sup> L. AMIRANTE, 'Locare usum fructum', cit., 211.

<sup>95</sup> *Quia qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re utitur fruitur.*

<sup>96</sup> 'Locare usum fructum', cit., 211.

<sup>97</sup> S. SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato* (1924), in *Scritti* II, Napoli, 1957, 613 e nt. 19. Il Solazzi crede che *alius* si riferisca solo al *procurator*: v. contra H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, 50, nt. 13: «*alius negotium meum gerens* ist Sammelbezeichnung für Mandat, Tutel, Cura, vielleicht auch für die Prokurator». Depone forse a favore di dell'interpretazione di Seiler, la traduzione in Bas. 16, 1, 12, 2: δύναται παραχωρεῖν ἑτέρῳ καρπίζεσθαι καὶ μισθοῦν καὶ πιπράσκειν· ὁ γὰρ πωλῶν ἢ μισθῶν νέμεται, καὶ ὁ δωροῦμενος ἢ κατὰ παράκλησιν διδοὺς νέμεται. κέρηματα, κἄν ἄλλος πράγμα μου πράττων μισθῶσῃ ἢ νεμηθῇ· ἔχω γὰρ τὴν κατ'ἑκείνου ἀγωγὴν.

<sup>98</sup> Secondo T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., 233, Pomponio e Giuliano sarebbero stati, molte volte, le fonti mediate da cui Ulpiano attingeva le notizie sulla giurisprudenza anteriore.

*teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit id factum non esse. quamquam si a me conductum usum fructum quis aliis locaverit, retinetur usus fructus: sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.*

Anche questo frammento è stato tolto dal lb. 17 *ad Sabinum* e vi si riporta di nuovo il pensiero di Pomponio, su un problema che, come quello del frammento precedente, verte sulla conservazione del usufrutto, in uno scenario analogo a quello dello esercizio dell'usufrutto per mezzo dello affittuario. Secondo l'Albanese<sup>99</sup>, la espressione *conducere usum fructum* non si trova nessun'altra volta nelle fonti, ma, secondo noi, questo non prova, necessariamente, l'alterazione del frammento<sup>100</sup>; l'autore parla altresì di «scorrettezza formale» e anche di «insignificanza sostanziale», ma credo che il caso in cui, dopo aver preso in locazione l'usufrutto dal proprio usufruttuario, il nudo proprietario venda ad altri la cosa senza fare la *deductio* dell'*ususfructus* non sarà stato molto frequente e non risulta molto significativo. La restituzione del passo proposta dall'Amirante è, a nostro avviso, priva di fondamento: secondo questo autore, la prima frase del frammento successivo (*h.l.*, § 1: *sed si emptum a me usum fructum proprietarius vendidisset*) proverebbe che Ulpiano parlava, nel commento originale, della vendita d'usufrutto e da qui deduce che la clausola *quamquam — colonus* sia, di conseguenza, spuria<sup>101</sup>, ma si tratta di un'affermazione tutt'altro che evidente.

Per concludere: l'ammissione del *iudicium communi dividundo utile* per l'usufrutto ha qualche analogia con la concessione degli *interdicta utilia* all'usufruttuario e col connesso tema della nozione della *quasi possessio*, nel senso di ammettere una nozione di usufrutto — come *ius, res incorporalis* — più complessa, con evidenti conseguenze sul piano della conservazione del diritto stesso. All'interno di questa impostazione, non crediamo inverosimile che i testi parlassero indifferentemente di *locare rem* o di *locare usumfructum*, ma non riteniamo che si trattasse di una costruzione sistematica che contrapponesse la *res* all'*ususfructus* nella problematica relativa alla *locatio conductio*. Nei casi — abbastanza complessi — dove troviamo la espressione *locare usum fructum* si può cogliere l'intento dei giuristi di sottolineare che l'usufrutto, oggetto della locazione, non si riferisce propriamente alla *res* perché la *res* si confonde, nella impostazione dei classici, con il *dominium*.

Ad ogni modo, la giurisprudenza classica imposta il problema in relazione all'*actio*, onde sembra di scarsa rilevanza la contrapposizione fra usufrutto e cosa data in usufrutto, fatta da certa dottrina civilistica: con molta probabili-

<sup>99</sup> 'Conductio suae rei', in «BIDR», LXXII, 1959, 140 ss. L'a. ritiene insiticio *quamquam rell.*, perché crede che non si tratti di una vera e propria concessiva. A nostro avviso non è un argomento convincente, perché — v. M. LEUMANN - J.B. HOFMANN - A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, II, München, 1965, 603 — l'uso di *quamquam* è possibile per circostanziare un'affermazione precedente.

<sup>100</sup> B. ALBANESE, 'Conductio suae rei', cit., 141.

<sup>101</sup> L. AMIRANTE, 'Locare usum fructum', cit., 212.

tà i giuristi non hanno contrapposto l'uno all'altro concetto. Con questo problema si connette l'uso della contrapposizione fra *res corporales* ed *incorporales*. Siamo d'accordo con la dottrina maggioritaria<sup>102</sup> che questa distinzione non ha un'importanza decisiva, benché possa essere utile per puntualizzare i concetti in un problema di difficile soluzione. Nel nostro caso, contrapporre la *res* all'*ususfructus* risulta doppiamente complicato, perché, per ottenere la divisione, dovrebbe prevalere la *res*, ma per risolvere altri problemi, come la conservazione del diritto (Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7, 1, 12, 2) si deve far capo all'aspetto del diritto, di cosa immateriale, ciò che Bretone sembra riportare ad un processo di spiritualizzazione<sup>103</sup>.

Se l'*actio communi dividundo utilis* fosse stata applicata ai coudiutuari, si sarebbe difficilmente potuta basare — a tener in conto dell'identificazione fra *res* e *dominium* — sulla finzione che l'usufrutto era una *res*, e quindi risultava divisibile, e partendo da questa finzione costruire una *adiudicatio*. Si sarebbe potuto ricorrere con maggior fortuna al caso originaria per cui fu introdotta questa *actio*, concepita per la liquidazione delle partite obbligatorie, vale a dire a quello in cui, venuta meno materialmente la cosa comune, si doveva procedere alla liquidazione di tali partite. Nessuna ignora, infatti, che nella normale *actio communi dividundo* le *praestationes* sono un elemento secondario, mentre rappresentano invece l'aspetto principale dell'*actio communi dividundo utilis*. I casi relativi al *ius aquae ducendae*, risolto da Giuliano in D. 43, 20, 4 (41 *dig.*) o del diritto di uso, trattato da Paolo in D. 10, 3, 10, 1 (23 *ad ed.*) sembrano indicare in questa direzione. D'altra parte, il ricordo delle *stipulationes* accanto al *iudicium communi dividundo utile* in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7, 1, 13, 3, dove il giurista severiano si riporta significativamente a Giuliano, ci mostra che il detto *iudicium* era uno soltanto dei mezzi possibili per risolvere il conflitto, anche se forse il più usato, come del resto lo sono anche gli altri che compaiono in Ulp. 20 *ad ed.* D. 10, 3, 7, 10.

In altre parole, la semplice contrapposizione fra cosa e diritto, che, di origine civilistica, impronta lo studio dell'Amirante non sembra fornire il contesto in cui si muovevano i giuristi romani: se la locuzione *locare usum fructum* ha un qualche senso, è soltanto quello di evidenziare che non si sta trattando con una *res* assimilabile al *dominium*, di modo che la contrapposizione deve assumere un valore relativo. Ciò non vale soltanto per la divisione, dove fondarsi sulla *res* potrebbe semplificare il problema, bensì anche in altri casi, dove il ricorso all'elemento materiale complica la soluzione, come il problema dell'estinzione e della conservazione del diritto. Sembra che tutti questi problemi si connettano fra di loro ed il *ius controversum* fra Labeone e Sabino sulla conservazione del diritto in caso di cessione ad un terzo (Pomp.

<sup>102</sup> V. *supra*, nt. 7.

<sup>103</sup> M. BRETONE, *Nozione*, I. cit., 162 ss.

8 *ad Q. Muc.* D. 23, 3, 66 e Gai 2, 30), evidenziato dal Bretone<sup>104</sup>, contribuisce a far collocare il problema nei suoi esatti termini, nella misura che coinvolge il problema dell'indivisibilità.

<sup>104</sup> *Nozione*, I, cit., 90 ss.