

La ricostruzione giuridica italiana del concetto romano di *ususfructus*

di Franco BALDESSARELLI

(Parma - Merano)

Ai miei genitori

SOMMARIO : 1) La definizione di Paolo ; 2) Il problema della ricostruzione giuridica dell'usufrutto nel Diritto Romano ; 3) La nostra ricostruzione.

I. LA DEFINIZIONE DI PAOLO

"*Ususfructus*" è il diritto reale di usare una cosa altrui e trarne godimento. Nel "Digesto" abbiamo una definizione dell'usufrutto che ci proviene da Paolo (D. 7,1,1, - l. 3 *ad Vit.*) e che troviamo ripetuta nelle "Istituzioni" (I. 2,4 pr.) : *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Il passo tuttavia è stato esposto a numerose critiche. Soprattutto

la finale *salva rerum substantia* ha indotto molti autori a contestarne la genuinità. Secondo il GROSSO (1), il rilievo più importante è dato dal confronto con la definizione :

usus fructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas (Ep. Ulp. 24,26).

Questo confronto, e l'osservazione che il passo Paolino nella sua redazione attuale non è molto elegante, ha indotto scrittori come il PEROZZI (2) e come il DE RUGGIERO (3) a ritenere interpolata e quindi raffazzonata dai compilatori giustinianeî la definizione paolina. Secondo il BIONDI (4), i dubbi sollevati circa la classicità della definizione sono infondati. L'inciso *salva rerum substantia* presenta difficoltà di interpretazione, ma esse non si risolvono ritenendo il passo interpolato.

Salva rerum substantia vuol dire che il godimento, in antitesi alla inerenza della servitù e del pegno, non tocca l'essenza della cosa ; "*substantia*" sta in antitesi a "*species*" (teoria ripresa come vedremo dal RICCOBONO) : il diritto dell'usufruttuario è limitato alla *species rei*, cioè all'aspetto attuale della cosa, da cui deriva la sua funzione sociale ; da ciò l'estinzione dell'usufrutto per *mutatio rei*. Ancora più esplicito è il BONFANTE (5). Egli ritiene

1) G. GROSSO, *Usufrutto*, Torino 1958, pag. 33.

2) S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906, pag. 497.

3) R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, Napoli 1913, pag. 29.

4) B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1972, pag. 309.

5) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Roma 1933, III, pag. 53.

che di vera e propria interpolazione non si possa parlare come fanno il DI MARZO e il PEROZZI. Certamente, dice, per quanto Paolo non sia lo scrittore più elegante e corretto, il testo così come è concepito tradisce l'intervento dei compilatori: è probabile, continua, che essi abbiano abbreviato il discorso di Paolo e non aggiunto di peso la frase. I frammenti di Ulpiano sopra citati ci ammoniscono d'altronde che il *salva rerum substantia* esprime piuttosto il pensiero che l'usufrutto non può essere costituito se non su cose inconsumabili. Quindi l'interpretazione più comune dell'inciso *salva rerum substantia* scorge in esso l'espressione del limite essenziale cui è soggetto l'usufruttuario nel godimento della cosa, di rispettare cioè l'integrità della medesima. In questa dichiarazione di Ulpiano, il *salva substantia* sancisce quindi il principio che l'usufrutto non può essere costituito se non su cose inconsumabili. E unicamente questo carattere dell'usufrutto di avere per oggetto soltanto cose inconsumabili è così essenziale da doversi formulare nella definizione, mentre il limite e l'obbligo di conservare la sostanza della cosa, cioè la cosa stessa, si può ritenere implicito nell'espressione positiva del contenuto dell'usufrutto che conferisce solo il diritto di usare della cosa e godere dei frutti della medesima. Nella stessa direzione del BONFANTE muove anche il GROSSO. Egli afferma che i limiti generali sono già impliciti nel concetto dell' *uti frui* quale viene assunto come contenuto di questo diritto, e cioè nell'affermazione che l'usufrutto è il *ius alienis rebus utendi fruendi*. Il *salva rerum substantia* segna il limite oggettivo; vi sono cose in cui l'*uti frui* implica consumazione in senso giuridico, onde la precisazione

che l'usufrutto è il diritto di *uti frui*, in quanto l'*uti frui* possa avvenire *salva rerum substantia*, come avviene sulle cose inconsumabili: è concetto questo che riceve poi ampia determinazione e delimitazione. Con questa delimitazione, riferita ad un oggetto strettamente connesso al diverso modo in cui vi si esplica l'*uti frui*, la definizione fa riferimento ad un *uti frui* del tutto generico che attende una determinazione, che non enuncia i caratteri fondamentali dell'usufrutto. Gli altri limiti, e su questo il GROSSO e il BONFANTE concordano, come per esempio la durata limitata dell'usufrutto, dovrebbero essere espressi nella definizione. Cosa che invece non avviene. Per concludere, la definizione di Paolo dice poco: essa si limita a parafrasare il termine *usus fructus* come *ius utendi fruendi*. Il problema è quindi quello della ricostruzione.

II. IL PROBLEMA DELLA RICOSTRUZIONE GIURIDICA DELL'USUFRUTTO NEL DIRITTO ROMANO

Tutta la costruzione giuridica dell'usufrutto si polarizza, secondo il BUSSI (6), intorno a due questioni principali, le quali fino ad un certo punto sono in correlazione l'una con l'altra. Queste questioni sono quelle relative allo sdoppiamento dell'usufrutto in formale e causale, ed al quesito se l'usufrutto sia parte del dominio o parte del fondo. La tesi secondo la quale le due figure dell'usufrutto formale o causale si ritrovano accennate

6) E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova 1937, pag. 107.

nel diritto romano è, sempre secondo il BUSSI, non molto convincente. Tuttavia egli non scende ad indagare se questa tesi meriti accoglienza o vada rigettata. *L'uti frui* può presentarsi esteriormente come un blocco di godimento della cosa che può venir staccato dalla proprietà, ma che può essere individuata nel contenuto di questa.

Gli interpreti medioevali, glossatori e commentatori, ammettendo che il proprietario avesse un diritto di usufrutto sulla cosa sua (facente parte del più vasto complesso di facoltà di cui si compone il dominio), hanno distinto, come prima accennato, due specie di usufrutto: un usufrutto formale, concepito come *ius in re aliena*; un usufrutto causale: facoltà di godimento che ha normalmente il proprietario. Ma questa distinzione era stata abbandonata dai moderni soprattutto sulla base del dogma della inscindibile unità del dominio e sembrava ormai pacifico che essa fosse estranea al diritto romano.

Senonchè un autorevole scrittore, il PAMPALONI (7), ha ripreso tale concezione e, dandole nuova vita, l'ha proiettata nella storia, nella contrapposizione della concezione classica a quella giustiniana. Il PAMPALONI, con molta audacia e secondo alcuni (8) con molte irregolarità, ha rievocato la dichiarazione ripetuta nelle nostre fonti, talvolta con dinieghi e restrizioni, che l'usufrutto è una *pars domini*. Di fronte alle servitù prediali (*servitutes*), il diritto di proprietà, più che diminuito, risulta limitato,

7) M. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIRD*, 1910, pag. 109.

8) DE RUGGIERO, KASER, BONFANTE, MEYLAN, PEROZZI, SOLAZZI.

ristretto. La facoltà attribuita *iure servitutis* al proprietario del fondo dominante non è sottratta al dominio del fondo servente, se non in quanto occorre all'uso della servitù ; si avrà un concorso di esercizio in tale facoltà per parte di ambedue i proprietari interessati : il titolare del fondo dominante e il titolare del fondo servente. Nell'usufrutto, invece, le facoltà di cui il *ius in re aliena* si compone, sono proprio s e p a r t e dal dominio. Esse possono perciò essere riguardate e trattate come una parte del dominio appunto, come *pars domini* o *pars rei*. Nelle fonti si trovano dei passi in cui l'usufrutto è trattato come *pars domini* o *pars rei* ed è proprio su queste fonti che il PAMPALONI vuol costruire il concetto classico dell'usufrutto, che verrebbe così a contrapporsi nettamente, come prima dimostrato, alla costruzione delle servitù. A differenza delle servitù, afferma il PAMPALONI:

«le facoltà di cui il "*ius in re aliena*" si compone sono separate dal dominio ; mentre rientrano tra quelle che ne formano il contenuto, come poteri speciali e distinti (facoltà costitutive del dominio). Esse possono perciò essere riguardate e trattate come una parte del dominio e della cosa ; parte che il proprietario stesso ha e mantiene in modo distinto, nella ipotesi che il dominio sia o diventi un dominio pieno».

La natura di *ius in re* non contrasterebbe quindi, secondo il PAMPALONI, con il fatto che dell'usufrutto sia investito il proprietario stesso (e tale sarebbe appunto il concetto classico dell'usufrutto causale), press'a poco a quel modo che l'essere

proprietario di un fondo non esclude la proprietà pro-divisa dello stesso fondo.

Successivamente i compilatori avrebbero trasformato il concetto dell'usufrutto inquadrandolo nella categoria delle *servitutes*; la categoria ampia delle *servitutes* non risponderebbe dunque puramente ad un'opera sistematica, ma anche ad una trasformazione del concetto dell'usufrutto. I giustinianeî però non avrebbero in tutto respinto le caratteristiche del concetto classico, di modo che ne sarebbe derivato quello stato di mezzi termini che è rispecchiato nel *Corpus iuris*. E così, anche per quanto riguarda la costruzione giuridica romana dell'usufrutto, abbiamo il risultato della stratificazione di due concezioni succedutesi nel tempo. E il PAMPALONI può costruire quello che secondo lui sarebbe stato il concetto ed il sistema del diritto classico. Naturalmente al centro della concezione classica starebbero alcuni testi in cui l'usufrutto è detto *pars dominii* e trattato come tale. È proprio su queste fonti che il PAMPALONI vuole dimostrare la sua teoria. Indubbiamente, come afferma il REGGI (9), la posizione preminente per quanto riguarda l'influenza decisiva sui giuristi posteriori, tra cui appunto il PAMPALONI, spetta a Giuliano, insistendo egli sulla concezione dell'usufrutto come *pars rei vel dominii*. Il REGGI non nasconde di abbracciare la teoria dell'AMBROSINO (che andremo successivamente ad analizzare), ma non per questo disdegna di riportare i passi del Digesto favorevoli alla teoria del PAMPALONI

9) R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in *Studi Parmensi*, II, Milano 1952, pag. 497.

(come peraltro è di prassi in altri autori, i quali, pur di dimostrare le proprie teorie, tagliano e ricostruiscono tutta una serie di passi, giustificando l'operato con la spietata logica delle interpolazioni), sia pur dandogli ovviamente un'interpretazione differente.

E allora leggiamo il passo di Giuliano :

D. 45,1,58 (Iulian. 54 *digest.*).

Qui usum fructum stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intellegitur, si usus fructus detrahatur. Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem ...

Per quanto il finale di questo frammento sia interpolato, tuttavia è lampante l'assimilazione della *pars rei* all'usufrutto. Giuliano infatti afferma che è simile la posizione di colui che si fa promettere una parte del fondo e poi tutto il fondo e di colui che si fa promettere l'usufrutto di un fondo e poi il fondo stesso.

Anche da altri passi si deduce come l'usufrutto è detto *pars dominii* :

D. 7,1,4 (Paul. 2 *ad ed.*).

Usus fructus pars dominii est, et exstat quod vel praesens vel ex die dari potest.

Particolarmente significativa sarebbe la seconda parte di :

Pomp. D. 44,2,21,3 :

... sed si usum fructum, cum meus esset, vindicavi, deinde proprietatem nactus iterum de usu fructu experiar,

potest dici alia res esse, quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior usus fructus et iure proprietatis quasi ex nova causa rursus meus esse coepit.

Inoltre il PAMPALONI richiamerebbe anche l'affermazione secondo la quale il proprietario può ipotecare l'usufrutto :

Marcian. D. 20,1,11,2 :

Usus fructus an possit pignori hypothecae dari ...

Secondo il PAMPALONI, frammenti molto interessanti sono anche quelli di Africano, Paolo e Modestino, nei quali si afferma che, se una stessa cosa viene *ex testamento* lasciata ad uno in proprietà ed ad un altro in usufrutto, il legatario di proprietà concorre *pro parte* al legato di usufrutto, perchè la *plena in re potestas* lasciategli comprende anche l'usufrutto della cosa (Afr. D. 7,2,9 ; Paul. D. 33,2,26,1 ; Mod. D. 33,2,19). Di qui la conseguenza espressa in un frammento di Ulpiano (*Frag. Vat.* 83), che, se il legatario dell'usufrutto viene a morire, la sua porzione di usufrutto trapassa al legatario della cosa, piuttosto per diritto di accrescimento, che per diritto di consolidazione.

Il PAMPALONI continua ad elencare poi, nel suo "*Concetto classico dell'usufrutto*", tutta una serie di frammenti a sostegno della validità della sua teoria, dei quali è inutile la trascrizione in questo studio. Molto più interessante sarà ora analizzare le motivazioni con cui vengono giustificate le accuse mosse nei confronti del PAMPALONI.

In conclusione, basterà ricordare che egli fu il più convinto assertore moderno della teoria secondo la quale l'usufrutto è una *pars dominii*, riconoscendo così un *ususfructus formalis* (che spetta al terzo sulla cosa aliena) e un *ususfructus causalis* (che spetta al proprietario sulla cosa propria) (defin. del BUSSI).

Per concludere con le parole del WESENER (10), si potrebbe dire che il PAMPALONI, nonostante egli "führt die Konstruktion des *ususfructus* als *pars dominii* bis zur letzten Konsequenz durch", ha apportato un contributo notevole allo studio del diritto dell'usufrutto e, a prescindere dal consenso o dal dissenso che egli ha potuto trovare, è innegabile affermare che con il suo studio e con le sue teorie il patrimonio culturale romanistico si è arricchito ulteriormente.

Se non molti romanisti hanno abbracciato la teoria del PAMPALONI è perchè la maggior parte di essi si è schierata dalla parte opposta, criticando la sua costruzione.

Il BIONDI (11) semplicemente ed esplicitamente afferma che requisito indispensabile perchè si possa parlare di diritto di usufrutto e quindi di diritto su cosa altrui è proprio l'appartenenza della cosa ad altri. Un usufrutto sulla cosa propria è un "non senso", al pari delle servitù tra fondi appartenenti allo stesso proprietario ; certamente, continua il BIONDI, al proprietario

10) G. WESENER, *Juristische Konstruktion des ususfructus*, in *PW* 9A, 1961, pag. 1142.

11) B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit, pag. 310.

spettano sulla cosa propria tutte quelle facoltà che sono comprese nell'usufrutto, ma sono esercitate *iure dominii* e non a titolo di usufrutto. Il GROSSO (12) da parte sua pone l'accento sull'elemento formale processuale. Il PAMPALONI afferma che il *dominus* aveva la *vindicatio usus fructus*, a tutela di quel complesso godimento che fa parte della proprietà e che è individuabile anche nel contenuto di questa. Senonchè al GROSSO pare che questa affermazione sia incompatibile (oltrechè coi passi delle fonti, di cui il PAMPALONI si libera) con la spettanza dell'*actio negativa*. Una concezione come quella del PAMPALONI avrebbe dovuto importare un trattamento dell'usufrutto, dal punto di vista processuale, analogo a quello della proprietà, la *pars dominii* qualitativa avrebbe dovuto essere considerata come la *pars dominii* per una quota. Chi affermava di essere titolare avrebbe dovuto rivendicarla positivamente e quindi con una *vindicatio usus fructus* e non con un' *actio negativa*.

Ora, che nel diritto classico al *dominus* spettasse, contro chi esercitasse l'usufrutto, un' *actio negativa*, non è dubbio. D. 7,6,5 pr. potrà essere rimaneggiato, ma dell'*actio negativa* nessuno dubita. Gai 4,3 e, soprattutto i §§ 1,4,6,2 offrono testimonianze chiarissime e indubitabili. E dobbiamo ritenere che D. 7,6,5 pr., anche nella sua prima parte, esprime sostanzialmente il pensiero genuino del giureconsulto: il proprietario, quindi, secondo il GROSSO, non ha la *vindicatio usus fructus*, perchè non è titolare di un diritto di usufrutto

12) G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., pag. 41.

configurato come *ius a sè* ; contro chi esercita l'usufrutto egli ha l'*actio negativa*, con la quale egli non agisce de *alieno iure*, ma de *suo iure*, in quanto, negando l'esistenza dell'usufrutto, afferma la pienezza del dominio. L'azione negativa implica il concetto di un diritto che dal di fuori limita e comprime il diritto di proprietà. Che, di fronte a questo regime processuale, si sia potuto presentare a taluno il dubbio che oltre l'*actio negativa* il *dominus* potesse avere anche la *vindicatio usus fructus*, non viene considerato credibile dal GROSSO, in quanto, afferma, svuoterebbe il contenuto della *actio negativa*. Quindi, *vindicatio utendi fruendi* (spettante all'usufruttuario e non al proprietario) e *actio negativa* (spettante al proprietario e non all'usufruttuario) rappresentano nel diritto classico dati di diritto positivo rinvenibili nelle fonti e sui quali non si discute. Attraverso di esse si presenta la modellazione dell'usufrutto come diritto reale. Vi si trova il limite inderogabile che si oppone al concetto di *pars dominii*. L'argomento esegetico più forte in favore della tesi del PAMPALONI sembra quella fornita dalla seconda parte di D. 44,2,21,3. Ma il passo è complesso e tortuoso, e nella prima parte, anche se non chiara, è contenuta l'affermazione che *qui fundum habet, usum fructum suum vindicare non potest*. Non basta correggere questa, come fa il PAMPALONI per dimostrare la sua teoria. Inoltre anche la seconda parte tollera una certa elasticità di interpretazione e potrebbe anche alludere all' *actio negativa*. La visione dell'usufrutto come *ius in re aliena*, continua sempre il GROSSO, resta poi completata da tutto il quadro dei caratteri di esso e del suo regime, da tutta una serie di dichiarazioni e di testi che il PAMPALONI è costretto a

capovolgere. Un altro autorevole studioso romanista ha raccolto in un suo scritto appunto tutti questi testi e li ha interpretati in maniera tale da demolire o per lo meno tentare di demolire la tesi del PAMPALONI.

Questo romanista è il SOLAZZI (13), il quale ha affermato, al pari del BIONDI, che, come nessuno poteva avere una servitù sulla cosa propria, così è intuitivo che sulla cosa sua non spettasse al proprietario il così detto usufrutto causale, cioè un diritto di usufrutto nascente dalla proprietà ma distinto e separato. In altre parole, ha negato la possibilità che il *dominus fundi* abbia sul fondo un diritto particolare scisso e differenziato dal diritto generale di proprietà. Ma vediamo in particolare qualche passo presentatoci dal SOLAZZI :

D. 7,1,63 (Paul.).

Quod nostrum non est transferemus ad alios : veluti is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat tamen usum fructum cedere potest.

Anche se lo scritto non è genuino, la sostanza dell'insegnamento è classica. Il PAMPALONI fa dire invece a Paolo *non transferemus ad alios*, nella prima parte, e *usum fructum cedere non potest*. Il SOLAZZI, insieme al VAUCHER, tuttavia non ritiene possibile che il PAMPALONI possa cambiare così, a suo piacimento, i testi analizzati.

Del pari eloquente è :

13) S. SOLAZZI, *L'usufrutto della cosa propria*, in *SDHI*, 1952, pag. 229.

D. 7,6,5 pr. (Ulp.).

Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet : nec enim potest ei suus fundus servire.

Secondo PAMPALONI, Ulpiano avrebbe detto *ius habet* anzichè *ius separatum non habet*. Non fa testo, afferma il SOLAZZI, affermare semplicemente che le parole sopradette siano interpolate. Anzi, il MEYLAN⁽¹⁴⁾ e il VAUCHER⁽¹⁵⁾ ritengono che con questa locuzione i bizantini abbiano addirittura voluto addolcire ciò che trovavano di eccessivo nel sistema classico. Non è improbabile, sempre secondo questi ultimi, che la negazione di Ulpiano fosse più recisa e che il participio *separatum* sia stato inserito per attenuare il rigore del principio *qui habet proprietatem, utendi fruendi ius non habet*. Frasi di tal genere quindi non implicano l'ammissione di un usufrutto per se stante sulla cosa propria. Non depongono per la classicità dell'usufrutto causale nemmeno quei medesimi frammenti che il PAMPALONI aveva posto a base della sua teoria e cioè : D. 20,1,11,2 (Marciano) ; D. 33,2,26 pr. (Paul.) ; D. 33,2,19 (Modestino).

Degno di nota è poi il *Frag. Vat.* 83. Vediamolo :

D. 7,2,3,2 (*Frag. Vat.* 83).

14) P. MEYLAN, 'Fructus sine usu' et 'actus sine itinere', in *Studi Albertoni*, I, Padova 1935, pag. 106.

15) R.F. VAUCHER, *Ususfructus et pars domini*, Lausanne 1940, pag. 85.

Non solum autem si duobus usus fructus legetur, est ius adcrecendi, verum et si alteri usus fructus, alteri fundus legatus est : nam amittente usum fructum altero, cui erat legatus, magis iure adcrecendi ad alterum pertinet quam redit ad proprietatem. Nec novum : nam et si duobus usus fructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius adcrecendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo ...

Tale frammento era stato esaminato anche dal PAMPALONI. Egli lo riteneva importante, in quanto si rinveniva il principio secondo il quale se viene legato *per vindicationem* ad uno la cosa e ad un altro l'usufrutto, il legatario di proprietà concorre *pro parte* nel legato di usufrutto ; ed in caso di morte del legatario dell'usufrutto, la porzione di quest'ultimo trapassa al legatario della cosa per diritto di accrescimento e non di consolidazione. Questa, in breve, la teoria del PAMPALONI sul punto in questione.

Il SOLAZZI non nega la prevalenza del *ius adcrecendi* sulla consolidazione. Egli nega semplicemente che l'ammissibilità del *ius adcrecendi* implichi come cosa pacifica che al legatario del *fundus* competa per metà il diritto di usufrutto in concorso con l'altro legatario. Tutto ciò comporterebbe la sussistenza di due titolari dell'intero medesimo diritto che si limitano vicendevolmente, onde, cessato da parte dell'uno quel concorso che formava le *partes*, viene meno per l'altro la ragione del decrescere o, come si usa dire, ha luogo l'accrescimento in favore del titolare rimasto *solitarius*. Secondo il SOLAZZI, proprio

nell'usufrutto il *ius adcrecendi* ha una figura particolare, che deroga al concetto ordinario. Per concludere, afferma sempre il SOLAZZI, comunque si giustifichi il ritorno dell'usufrutto al proprietario non per consolidazione ma per accrescimento, il *Frag. Vat.* 83 è più contrario che favorevole all'idea dell'usufrutto su cosa propria.

Abbandonando per il momento il SOLAZZI, si può dire che molti altri romanisti si sono opposti alla costruzione del PAMPALONI. Tra questi ricordiamo il PEROZZI (16) e lo SCIALOJA (17).

Il PEROZZI ritiene assurda l'idea che esistesse presso i Romani una concezione per la quale l'usufrutto vale parte di proprietà. L'idea dell'usufrutto come parte (sia ideale che reale) della cosa o del diritto di proprietà non ha senso e le argomentazioni portate dal PAMPALONI, continua il PEROZZI, non trovano una base esegetica se non con interpretazioni del tutto arbitrarie.

Anche lo SCIALOJA, nel suo trattato, smantella la costruzione del PAMPALONI. Dapprima afferma che il proprietario non può agire come usufruttuario, perchè non gli appartiene l'usufrutto, ma la proprietà, e non può mai dire di avere il diritto di usufrutto chi ha la proprietà. In un secondo momento lo SCIALOJA elenca tutta una serie di testi dai quali si può desumere chiaramente la

16) S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, I, pag. 787.

17) V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma 1928, I, pag. 275.

posizione assunta dal diritto giustiniano in questa questione tecnica-giuridica : il proprietario, si afferma, non è usufruttuario e l'usufruttuario non è proprietario, neanche parziario. Questi testi non verranno da noi riportati in quanto già trattati nelle pagine precedenti. Qui basterà sottolineare che lo SCIALOJA afferma che il diritto di usare e fruire appartenente al proprietario come conseguenza del suo diritto di dominio, quel diritto cioè che viene chiamato da taluno "usufrutto causale", non era come tale riconosciuto dai Romani, i quali ammettevano bensì che il proprietario avesse questo godimento, ma ritenevano che esso non costituisse un diritto a se stante.

Neanche il BREONE (18) aderisce alla teoria pampaloniana. Egli afferma che la giurisprudenza classica era condotta ad affermare con consapevolezza sempre maggiore l'indipendenza concettuale dello *usus fructus* dal *dominium*. Che la posizione dell'usufruttuario fosse giuridicamente autonoma rispetto alla posizione del proprietario, cui risultava purtuttavia legato da un nesso genetico, era una verità che Labeone già intuiva : dalla proprietà nasce l'usufrutto, ma da questa si separa e forma una sfera autonoma (impossibilità dell'usufrutto causale quindi). Il BREONE riporta un passo di Celso : il *Frag. Vat.* 80. Vi è nelle parole di Celso l'intento e lo sforzo di mostrare come l'*usus fructus* sia un *ius* autonomo che dall'esterno comprime la proprietà e non *pars domini*. In tema di usufrutto poi il pensiero di Giuliano è inequivocabile. Questo si svolge secondo una

18) M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, Napoli 1962, pag. 150.

direttiva non diversa da quella che guida il pensiero di Celso. Anche per Giuliano *usus fructus* è, a prescindere dalla *similitudo*, una figura giuridica strutturalmente distinta dalla proprietà.

Quella parte della dottrina che si è opposta risolutamente all'interpretazione dell'usufrutto quale *pars dominii* ha avvertito che questo istituto sorge nell'esperienza giuridica romana come qualcosa di originale e perciò inclassificabile entro lo schema dell'appartenenza. Senonchè, preoccupata di non smarrire la riconosciuta originalità di quel rapporto, essa ha finito col vedere nella figura del diritto reale autonomo il suo unico modo di essere, svuotando di significato giuridico la sua rappresentazione come *pars dominii*.

Ma il suo limite è proprio qui : nello svalutare un punto di vista che ha, invece, un peso non trascurabile nella storia del nostro istituto. Tale svalutazione nasce dal paventare un pericolo immaginario e cioè che la *pars dominii* possa in qualche modo confondersi con l'*ususfructus*. Tutto ciò è perfettamente giusto. Tuttavia rimane ancora un punto oscuro nella nostra trattazione, un punto che non può non essere considerato : come possono essere giustificati quei testi in cui si dice esattamente il contrario ? Cioè in cui si dice che l'usufrutto è parte della proprietà ? In particolare il passo :

D. 7,1,4 (Paul. 2 ad ed.).

Usus fructus pars dominii est, et exstat quod vel praesens vel ex die dari potest.

Qui, a prescindere dalla presenza o meno della restrizione *in multis casibus* prima di *pars dominii* (che il PAMPALONI ritiene interpolato e lo SCIALOJA invece autentica), è indubbio che si paragona l'*usus fructus* alla *pars dominii*. E allora, qual' è la posizione, di fronte a questi passi, di quegli studiosi che affermano la tesi della inesistenza dell'usufrutto causale? Una soluzione la dà il GROSSO. Secondo lui, i famosi passi in cui si parla di *pars dominii* sono ben lungi dal volerci dare un'univoca e rigorosa costruzione giuridica dell'usufrutto o anche un termine essenziale della costruzione giuridica; essi contengono, in sostanza, un'assimilazione che risponde soprattutto ad una concezione pratica del contenuto economico. I poteri dell'usufruttuario, o meglio i suoi diritti, sono gli stessi, o quasi, del proprietario. Ma da qui non si può affermare che sussiste un diritto di usufrutto a favore del proprietario sulla cosa propria. Alla base della tesi del PAMPALONI c'è una constatazione che è innegabile. I romani parlano di *pars dominii*, operano con questo concetto e si trovano spesso a dover accogliere effetti pratici ad esso congruenti che paiono consoni ed equi; ma discutendo talora di dati effetti diversi lo respingono espressamente, ove credono di accogliere una soluzione che risponda più rigorosamente al concetto del *ius* distinto che comprime il dominio.

«Si può dire in senso generico che esso costituisce uno dei poli tra cui sembra oscillare l'opera di determinazione della natura e struttura giuridica dell'usufrutto. PAMPALONI ha isolato

questo polo. Attribuire questa concezione ai Romani è stato l'errore della sua tesi» (GROSSO).

Che lo stesso concetto della divisione qualitativa del dominio possa essere inteso in sensi ben diversi, potrà vedersi provato in modo tangibile dal confronto della tesi del PAMPALONI con quella del RICCOBONO. Entrambe fanno leva sulla concezione dell'usufrutto alla stregua della *pars* nel pensiero dei classici (della *pars dominii* o *pars rei*) e su una trasformazione giustiniana nel senso della *servitus*, e ciò con una contrapposizione netta. Eppure esse si possono dire agli antipodi. Vediamo la tesi del RICCOBONO (19). Secondo lo studioso palermitano, il significato delle parole di Paolo deve essere certamente questo: "l'usufrutto è il diritto di usare e godere delle cose altrui, salva la sostanza", cioè "senza attingere, esclusa la sostanza". In altri termini, il titolare ha il diritto di appropriarsi dei frutti della cosa, ma non ha alcun potere sulla cosa stessa; il suo diritto si limita alla *species rei*, cioè alla forma, alla figura esteriore da cui dipende la produzione dei frutti, e non investe la sostanza, cioè l'essenza delle cose.

Secondo il RICCOBONO, questa concezione dell'usufrutto, per cui il titolare ha facoltà limitate solo alla produttività, ai frutti, e non si estendono alla cosa corporea in sé, risponde perfettamente alle finalità per cui l'istituto fu introdotto. In origine infatti si trattava di un istituto familiare, introdotto principalmente in favore della vedova, destinato ad assicurare alla

19) S. RICCOBONO, *Appunti di istituzioni di diritto romano*, Palermo 1930, pag. 714.

persona una posizione economica indipendente durante la vita. La proprietà dei beni era devoluta all'*heres* e ai legatari, ma contemporaneamente la utilità delle cose rimanevano alla persona onorata, la quale conservava sulla cosa quella identica posizione economica che aveva avuto vivente il capo della famiglia. La funzione alimentare del nostro istituto si manifesta nelle regole che l'usufrutto non può attribuirsi che ad una persona fisica (*usufructus sine persona esse non potest*), nonchè dal fatto che l'usufruttuario deve conformare la misura e la qualità del suo godimento alle consuetudini da cui il diritto gli proviene (consuetudini del *paterfamilias*). Queste due massime vennero attenuate dalla giurisprudenza dell' Impero, la quale ammise l'usufrutto anche a favore di persone giuridiche. Il titolare dell'usufrutto avrebbe quindi, per il RICCOBONO (20), nel periodo classico, il diritto di appropriarsi dei frutti della cosa, ma non avrebbe alcun potere sulla cosa stessa ; il suo potere quindi si limiterebbe, come già detto, alla *species rei* e non investirebbe la *substantia*, cioè l'essenza della cosa. Lo ZANZUCCHI (21), studioso che riportò sulla stampa le teorie del RICCOBONO, affermò che, proprio per la sua funzione alimentare, l'usufrutto era un diritto limitato alla *species*. La *species* era di per sè sufficiente per il raggiungimento di quel fine ; *species* intesa ovviamente come produttività della cosa. Di qui una serie di

20) S. RICCOBONO, *Usus*, in *Studi Scialoja*, Milano 1905, pag. 582.

21) P.P. ZANZUCCHI, *Rivista della letteratura romanistica*, in *ZSS*, 1909, pag. 509.

regole elencate dallo ZANZUCCHI sulla base degli scritti del RICCOBONO :

L'usufrutto :

- a) non può cadere su cosa non fruttifera, nè suscettiva di qualche utilità diretta ;
- b) non si estende agli incrementi che subisce la cosa, salvo gli incrementi impercettibili come gli alluvionali ;
- c) perisce per *rei mutatio*, a differenza del pegno che trapassa nella nuova specie.

L'usufruttuario :

- a) acquista i frutti non *iure soli*, ma soltanto con la *perceptio* ;
- b) non possiede la cosa, nè ha le azioni che spettano al titolare di un diritto che investe la cosa : *legis Aquiliae, aquae pluviae arcendae, arborum furtim caesarum, nuntiatio novi operis* ;
- c) non possiede nè usucapisce per mezzo del *servus fructuarius*, nè per mezzo suo acquista eredità, nè su di lui ha *coercitio*, nè risponde dei delitti di lui ;
- d) non può acquistare servitù al fondo, nè gravarlo di servitù, nè vindicare le servitù di cui il fondo sia dotato ;
- e) non può cambiare la destinazione economica della cosa, nè comunque trasformare questa, neppure per migliorarla ;
- f) ha diritto di usare la cosa soltanto perchè altrimenti non potrebbe fruire : un *uti non fruendi causa* in origine non doveva essere consentita.

Di qui anche la frequente configurazione dell'usufrutto come *pars dominii*. L'idea di una divisione del dominio in parti si fa tangibile : da un lato il diritto alla *substantia* che equivale al corpo stesso e che spetta al proprietario; dall'altro il diritto alla *species* e quindi alla produttività, che spetta all'usufruttuario. Ma l'attività dei compilatori giustinianeî rispetto all'usufrutto fu rimarchevole; l'istituto nel diritto giustiniano fu completamente trasformato, poichè il punto centrale della teoria classica sopra esposta fu modificato radicalmente. Infatti, nel nuovo diritto, l'usufruttuario ha ampi poteri sulla cosa gravata d'usufrutto e il suo diritto non attinge solo, come nel diritto classico, la *species rei*, ma anche la *substantia* ; il suo diritto è ora un *ius in re* o *ius in corpore*, e l'*ususfructus* fu compreso nella categoria delle *servitutes*. Ma vediamo più precisamente le riforme con cui Giustiniano abbandonò completamente la concezione classica dell'usufrutto :

- a) rese oggetto abile di usufrutto anche le cose improduttive, quando all'usufruttuario fosse lasciata facoltà di portarvi miglioramenti ;
- b) abbandonò il principio che l'usufrutto si estingue per *mutatio rei*, stabilendone il trapasso sulla *nova species*.
- c) espresse il proposito che l'usufruttuario acquisti i frutti fin dal momento della separazione, al pari del possessore di buona fede e degli altri titolari di un diritto che investe la cosa ;
- d) diede all'usufruttuario in via utile le azioni che spettano al proprietario : *aquae pluviae arcendae*, *legis Aquiliae*, *vindicatio servitutis* ;

e) conferì all'usufruttuario il potere di trasformare la cosa (non deteriorarla, ma migliorarla) ;

f) prosciolsse l'usufruttuario dall'obbligo di conservare alla cosa la stessa destinazione economica e di uniformarsi nella *qualitas utendi* alle consuetudini del *paterfamilias* costituente.

Tutte queste riforme, per quanto non compiutamente nè organicamente perseguite, rivelano come Giustiniano abbia inteso metter da parte la distinzione tra *species* e *substantia* e concepire l'usufrutto come un diritto che investe il *corpus* della cosa, come una signoria per quanto temporanea su tutta la cosa. Onde nel nuovo diritto l'usufrutto non è più una *pars fundi*, bensì un *ius in corpore*, un *ius fundi* analogo alla superficie e all'enfiteusi e insieme a queste rientrante nella nuova categoria delle *servitutes*. Una ricostruzione storica, simile a quella data nel modo sopra esposto per la dottrina dell'usufrutto, ripresa e schematizzata appunto dallo ZANZUCCHI, era già stata esposta per la dottrina dell'uso dal RICCOBONO. Senonchè qui gli insegnamenti del RICCOBONO non trovarono un consenso pieno e intero. L'affermazione che il riconoscimento all'usuario di un moderato diritto sui frutti è una assoluta novità di Giustiniano che è parsa eccessiva a molti, ma tuttavia queste obiezioni non hanno per nulla scosso il RICCOBONO, il quale, anzi, ha elaborato una teoria simile a quella dell'uso per quanto riguarda il diritto d'usufrutto.

Anche la teoria del RICCOBONO, come quella del PAMPALONI, ha sollevato un polverone e pochi soltanto sono gli studiosi schieratisi al suo fianco. Il RICCOBONO avanza una concezione dell'usufrutto ricca di osservazioni interessanti, ma

difficile a valutare nel suo complesso, sia per l'originalità, sia per la forma schematica in cui è nata, principalmente dalla relazione dello ZANZUCCHI.

Afferma il BONFANTE (22): «Siamo d'accordo che l'usufruttuario deve conservare la *species rei* e solo toccare i frutti della cosa, ma per far ciò non deve esercitare un diritto sulla cosa? L'ordinamento dell'usufrutto, nella sua *vindicatio* o *petitio*, non è quella di un *ius in re*? Anche se l'usufrutto nel diritto classico non è compreso nella categoria delle *servitutes*, non bisogna esagerarne il distacco. In Gaio, per es., esso è costantemente appaiato con le *servitutes*, benchè distinto da esse». Secondo il BONFANTE, è un *ius* tanto l'*utendi fruendi* quanto il *ius eundi agendi* e come *ius* non può riguardarsi se non quale *ius in re*.

«Le regole dell'usufrutto, che il RICCOBONO richiama, non escludono il suo carattere di diritto reale, se a questo vuol mirare l'autore, ma lo limitano soltanto rispetto alla proprietà. ...Una singolarità certamente poco spiegabile è che l'usufruttuario acquista i frutti mediante *perceptio* e non già mediante *separatio*, ma la spiegazione del fenomeno non si può ricercare in una costruzione dell'usufrutto come un diritto 'campato in aria', che non è nè obbligazione, nè diritto reale» (BONFANTE).

Alle obiezioni del BONFANTE si possono aggiungere quelle del GROSSO (23). Quest'ultimo afferma prima di tutto che la

22) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., pag. 57.

23) G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., pag. 50.

ricostruzione del RICCOBONO è troppo schematica e mancante di una vera e propria trattazione. Questa nebulosità e incertezza sarebbe concepita come una confusione che avvolge la terminologia classica e che il RICCOBONO non riesce a chiarire. Il GROSSO si chiede come si separerebbero, nella cosa, *species* e *substantia*, come due distinti oggetti di due diritti, quello dell'usufruttuario e quello del proprietario. E siccome non riesce a giungere ad una benchè minima giustificazione di tale costruzione, conclude che la costruzione del RICCOBONO è inammissibile.

L'obiezione fondamentale che si può opporre alla tesi del RICCOBONO è che essa confonde l'oggetto col contenuto del *ius utendi fruendi*. Nello stesso modo che sono diritti sulla cosa la proprietà e le servitù, lo è l'usufrutto.

Come sarebbe esplicazione di un potere sulla cosa, di un *ius in corpore*, il passare sul fondo, condurvi l'acqua, lo sarebbe allo stesso modo il coglierne i frutti. Secondo il GROSSO, il RICCOBONO esagera con eccessiva accentuazione l'antitesi fra diritto classico e giustiniano, con la limitazione del primo ai frutti; ma a parte questa considerazione, se anche si può dire che l'*uti frui* tocca puramente le *species rei*, cioè la produttività, la forma della cosa, si può obiettare che non si vede perchè la facoltà di far propri i frutti e la facoltà d'uso ad essa inerente (che anche il RICCOBONO è costretto ad ammettere) non possano già configurarsi come l'esplicazione di un potere sulla cosa. Si tratta di un diritto di *uti frui* della *res* tutelato mediante *actio in rem*. Abbiamo dunque un diritto sulla cosa secondo la concezione

romana. Un'antitesi tra *pars rei - ius in corpore*, per esprimere la concezione classica e quella giustiniana, non solo non risponde per il GROSSO alla realtà storica, ma non esprimerebbe neppure i concetti che vuol ricostruire il RICCOBONO. La critica viene abbracciata anche dall'AMBROSINO (24). Questo romanista afferma che la teoria del RICCOBONO non si può accettare, perchè l'usufrutto (*ius utendi fruendi*) comprende non soltanto il *frui* ma anche l'*uti*. E l'*usus* investe necessariamente la *res*, indipendentemente dalla sua produttività. Incontrovertibilmente nell'*usus* rientra la facoltà di utilizzare la cosa nella più svariata maniera, anche se non procuri un frutto naturale o civile.

Ugualmente per il PUGLIESE (25), la distinzione tra *species* e *substantia* della cosa ha il valore di una metafora che, se da una parte può illuminare la direttiva a cui si sono attenuti i giuristi e i legislatori nel determinare e circoscrivere le facoltà dell'usufruttuario, dall'altra non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di due diversi oggetti di diritto. Tanto nell'usufrutto che nella nuda proprietà, continua il PUGLIESE, oggetto è la cosa: le facoltà dell'usufruttuario si esercitano sulla cosa e i limiti a cui sono sottoposte in vista della conservazione della *substantia* non impediscono che egli abbia la detenzione della cosa e che in ordine al godimento la sua volontà sia libera (salvo, ben s'intenda, che metta in pericolo l'integrità della cosa). Ma se

24) R. AMBROSINO, 'Ususfructus' e 'communio', in *SDHI*, 1950, pag. 186.

25) G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *T.D.C.I.*, Torino 1954, IV, pag. 32.

anche altri studiosi combattevano la teoria del RICCOBONO in quanto limitativa (tra questi l'ARANGIO-RUIZ (26), il DE RUGGIERO (27) e il PEROZZI (28)), non sono mancati altrettanti autorevoli romanisti che tale tesi hanno sposato sia pure con peculiarità diverse e sempre limitatamente (nel senso di prendere solo quel tanto per propugnare altre tesi). Un'interpretazione dell'*usus fructus* come "proprietà dei frutti" era stata già accennata dal BIONDI (29). Ad essa diede lo spunto sicuramente il RICCOBONO, il quale appunto intendeva l'usufrutto come un diritto limitato alla *species rei* e alla quale potevano tranquillamente allacciarsi tutti coloro che, teorici della "inviolabilità della *substantia*", trovavano nel nostro romanista un punto fermo, o meglio un punto di partenza.

L'ipotesi riccoboniana è stata accolta e in qualche modo fraintesa anche dal BOZZONI (30) e dallo stesso KASER (31). «È da notare infatti che il RICCOBONO non parlò mai esplicitamente dell'usufrutto come proprietà; anzi, mentre inclinava da un lato ad avvicinare l'*usus fructus* al *dominium*, ne accentuava dall'altro

26) V. ARANGIO-RUIZ, *Classificazione delle servitù di passaggio*, in *Studi Brugi*, Palermo 1910, pag. 245.

27) R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, cit., pag. 75.

28) S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 780, nota 1.

29) B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milano 1938, pag. 665.

30) R. BOZZONI, *Studi ed appunti sull'usufrutto nel diritto romano*, Napoli 1908, pag. 9.

31) M. KASER, *Geteiltes Eigentum*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar 1939, pag. 458.

il carattere di facoltà di godimento di cui l'espressione massima è la *perceptio*; il tutto con una incoerenza che è assai più istruttiva di tante costruite coerenze» (BRETONE) (32).

È da rilevare un ultimo punto nel processo di costruzione dogmatica dell'usufrutto da parte del RICCOBONO, punto che culmina nello scritto *Le mie colpe* (33). Le critiche sopra svolte trovano oggi un autorevole riconoscimento nell'omaggio che loro rende lo stesso RICCOBONO, il quale però crede di salvare ancora la sua costruzione col far leva più decisamente sul concetto della *pars dominii*, che avrebbe individuato sin dall'inizio la concezione romana. L'usufrutto sarebbe "un diritto reale che assume del dominio tutto e soltanto il godimento della cosa". Ma per porre il fulcro della costruzione nel concetto della *pars dominii*, si deve sboccare nel *ius in corpore* e quindi in una teoria dal sapore squisitamente pampaloniana, ma con risultati completamente opposti.

La tesi del RICCOBONO non sfugge quindi all'alternativa per cui ricadrebbe o in un'artificiosa e astratta scissione dell'oggetto (fra la cosa, cioè il *corpus*, e la sua *species*) o nella stessa negazione della realtà. A parte quindi l'impostazione costruttiva, definita dal GROSSO imprecisa e confusa, la tesi del RICCOBONO potrà essere considerata per il complesso di rilievi distinti di antitesi che porrebbe tra il diritto classico e il diritto giustiniano; vi si trovano interventi acuti e notevoli, per quanto anche qui vi

32) M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, cit., pag. 5, nota 15.

33) S. RICCOBONO, *Le mie colpe*, in *BIDR*, 1947, pag. 33.

sia una certa esagerazione che inevitabilmente influisce sul giudizio critico che della sua teoria si può dare.

Intorno agli anni trenta, mentre all'estero si sviluppa ulteriormente la teoria dell'usufrutto come *pars rei*, in Italia attecchisce una nuova concezione. Il PEROZZI (34) definisce l'usufrutto come "una proprietà interinale competente ad una persona su una cosa, di cui altri ha la proprietà perpetua, o che è *nullius in commercio*, ond'essa ne goda secondo la sua essenziale destinazione, senza distruggerla nè menomarne il valore d'uso". La natura di proprietà interinale dell'usufrutto si manifesta, secondo il PEROZZI, nei principi seguenti. Esso può cadere su ogni cosa corporale mobile ed immobile, anche se infruttifera (es. vesti, tazze), purchè non consumabile. Costituito su una cosa, colpisce anche le sue accessioni (es. : costituito su un fondo, colpisce anche le sue pertinenze). È un diritto divisibile, al pari del dominio, e può quindi sulla stessa cosa spettare a più persone per parti ideali. Estinguendosi, la parte spettante ad una tra queste accresce le altre parti. L'usufruttuario ha il diritto di usare della cosa di persona, come di concederne l'uso ad altri (la possibilità di costituire un diritto di *usus* a favore di altri da parte dell'usufruttuario è riportata dalle fonti : in *Paul. Sent.* 3,6,25 : *fructuarius in usu concurrat*; l'*usus* in tal caso si diporta rispetto all'usufrutto allo stesso modo che si diporta una qualsiasi servitù rispetto alla proprietà. All'usufruttuario resta il diritto di usare in

34) S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pag. 780.

concorso coll'usuario, come resta il diritto di percepire i frutti limitati a ciò che sopravanza all'usuario). All'usufruttuario spettano non solo i frutti della cosa in senso stretto, ma tutti i suoi redditi; ciò che non entra nel concetto di reddito spetta invece al proprietario (es.: il parto dell'ancella, le piante divelte dal vento). Può godere dei redditi o di persona, o costituendo dei rapporti di credito per cui altri acquisti diritto ad averli (ad es.: locando la cosa). I frutti naturali ancora pendenti alla fine dell'usufrutto spettano al proprietario, anche se sono maturi, nè l'usufruttuario può pretendere risarcimento delle spese fatte per produrli. I frutti civili vengono divisi tra proprietario e usufruttuario in relazione alla durata dell'usufrutto. L'usufruttuario gode della facoltà di modificare lo stato della cosa, eseguendovi opere sia necessarie che utili nei limiti dell'*arbitratus boni viri* (il PEROZZI, a differenza di molti altri, non esclude che trasformazioni si potessero fare anche per volontà unilaterale dell'usufruttuario; non erano concesse solo le trasformazioni così intense per le quali, ad esempio, il fondo riusciva diverso da com'era al momento della costituzione dell'usufrutto).

La sua qualità di proprietario interinale si palesa specialmente nella sempre più lata concessione fattagli di certe azioni (le azioni a cui accenna il PEROZZI sono: l'*actio finium regundorum* in D. 10,1,4,9; l'*actio communi dividundo* in D. 43,20,4; l'*actio familiae erciscundae* in D. 10,2,12; l'*actio ad exhibendum* in D. 10,4,3,4; l'*actio legis Aquiliae* in D. 9,2,11,10; l'*actio de servo corrupto* in D. 11,3,9,1, ed altre). Vero è, afferma il

PEROZZI, che lo sviluppo maggiore di queste azioni è dovuto a Giustiniano : l'usufruttuario nel diritto classico non ha il possesso, ma la mera detenzione della cosa ; ma altrettanto vero è che può esercitare gli interdetti possessori, col che, in sostanza, è ancora pareggiato a un proprietario.

Il proprietario, di contro, può ancora fare della cosa tutto ciò che non sia in contraddizione colla proprietà interinale dell'usufruttuario : può alienarla e ipotecarla, può acquistarle servitù, ma non può, neppure col consenso dell'usufruttuario, imporle di nuove, se deteriorino la condizione del fondo. In forza di un SC. di data incerta e di nome ignoto, fu ammesso che si potesse legare l'usufrutto di quelle cose che *usu consumuntur*. Poichè non è possibile godere come proprietari interinali di cose che col godimento si distruggono, così, continua il PEROZZI, che non vuole abbandonare neanche davanti a questo scoglio la sua teoria, sorge il "quasi usufrutto", che non si può assolutamente confondere col vero e proprio usufrutto concepito come proprietà temporale, ma soggetto a tutto un altro regime. La teoria del PEROZZI è stata unanimamente criticata. Solamente l'ALLARA (che vedremo) ed il MEYLAN (35) hanno elaborato teorie simili.

Abbiamo detto come non pochi studiosi del diritto romano abbiano criticato la ricostruzione dell'usufrutto compiuta dal PEROZZI. Il REGGI (36) afferma che quest'ultimo, ritenendo interpolati tutti i testi che riguardano l'usufrutto come *pars rei vel*

35) P. MEYLAN, *'Fructus sine usu' et 'actus sine itinere'*, cit., pag. 125.

36) R. REGGI, *Alluvione e usufrutto*, in *Arch. giur.*, 1952, pag. 105.

dominii, sia incorso in un grosso errore. Se questa ipotesi fosse vera, tutto il materiale concernente la tematica in esame sarebbe frutto di interpolazioni ad opera dei compilatori. Ma di fronte alle conclusioni cui è pervenuto il LONGO (37) (nel suo scritto sulla categoria delle *servitutes* nel diritto romano classico) il considerare giustiniana la concezione dell'usufrutto come *pars rei vel dominii* osta contro il concetto di usufrutto come servitù personale propria dei bizantini. L'usufrutto come *pars rei vel dominii* e l'usufrutto come servitù personale sono concetti, continua il REGGI, che non possono coesistere, per cui uno dei due è necessariamente opera dei compilatori. In questo senso il LONGO ci aiuta, dimostrando come proprio dei compilatori fu la teoria che concepisce l'usufrutto come servitù personale, mentre classica fu la concezione dell'usufrutto come *pars dominii*. Ci pare quindi nel vero il BONFANTE, conclude il REGGI, quando si rifiuta di attribuire ai compilatori l'idea che l'usufrutto vale parte della proprietà, in netta contrapposizione con le asserzioni del PEROZZI. Anche secondo il BONFANTE (38), infatti, la concezione del PEROZZI che l'usufrutto sia proprietà interinale è certamente errata. Il godimento della cosa da parte dell'usufruttuario è limitato rispetto a quello del proprietario. Molte facoltà gli sono negate, afferma il BONFANTE: non gli è riconosciuta nel diritto classico nemmeno la *possessio*; non

37) C. LONGO, *La categoria delle 'servitutes' nel diritto romano*, in *BIDR*, 1898, pag. 281.

38) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., pag. 58.

acquista i frutti con la *separatio*, bensì con la *perceptio*; infine l'usufrutto si estingue per *rei mutatio*.

Anche il BRETONE (39) ritiene che la teoria in esame non possa essere presa in considerazione. Egli sottolinea il fatto che lo stesso PEROZZI è stato talvolta costretto a riconoscere che la sua tesi non è sempre confacente alla costruzione romana come la più idonea ad esprimere la natura dell'istituto. Lo stesso PEROZZI infatti, continua il BRETONE, rileva che, essendo ignoto ai Romani il concetto della proprietà successiva, e avendo i Romani dovuto concepire l'usufrutto come un diritto sulla cosa altrui, ciò importò che, in qualche punto, essi non traessero dalla natura di proprietà interinale dell'usufrutto tutte le conseguenze che a rigore ne sarebbero dovuti derivare. Da qui il fatto che qualche norma non si conviene a codesta natura. Ebbene, proprio in queste norme, che secondo il PEROZZI sono "eccezioni", il BRETONE rinviene la giustificazione della sua avversità. Anche secondo il GROSSO (40) i punti su cui poggia l'argomentazione del PEROZZI sono talora incerti e inesatti. Non da ultimo il carattere della "temporaneità", limitazione ripugnante, secondo il GROSSO, alla concezione della proprietà.

Tutt'al più, afferma quest'ultimo, si può riconoscere una situazione di fatto che può far pensare ad una proprietà temporanea, ma mai si potranno ricercare, nel regime giuridico dell'usufrutto, caratteri giustificatori della teoria del PEROZZI.

39) M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, cit., pag. 4, nota 13.

40) G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., pag. 59.

Che l'usufruttuario considerasse la cosa sua per la vita, continua il nostro critico, è riprovato dalla risposta di Cicerone (*ad fam.* 7,30,2) alla lettera di Curio (*ad fam.* 7,29,1) :

*Atticum nostrum, cuius quoniam proprium te esse scribis
mancipio et nexo, meum autem usu et fructu, contentus
isto sum : id enim est cuiusque proprium quo quisque
fruitur atque utitur.*

Ma tutto ciò non è minimamente probante.

I diritti reali esprimono un'appartenenza al soggetto, che nella proprietà investe tutta la cosa e si esprime come appartenenza della cosa ; il godimento generale della cosa per un dato tempo potrà ben far parlare di appartenenza della cosa per quel dato tempo. Senonchè sarà sempre un potere limitato al godimento, non alla proprietà, ai fini dell' acquisto della quale (sia pur per un tempo limitato) è del tutto irrilevante. È in questo senso che, secondo il GROSSO, il PEROZZI ha frainteso il significato delle fonti. Più esattamente non ha saputo specificare che l'usufruttuario non è proprietario (sia pure temporaneamente), ma tutt'al più "si comporta come tale senza esserlo".

In senso critico è intervenuto anche l'AMBROSINO (41).

La teoria del PEROZZI è stata ripresa ed in un certo senso proiettata verso l'odierno da un altro studioso italiano :

41) R. AMBROSINO, '*Ususfructus*' e '*communio*', cit., pag. 184.

l'ALLARA. Il punto di partenza della dottrina dell'ALLARA (42) è che la proprietà, pur avendo natura perpetua, può tuttavia anche essere temporanea: non nel senso di negozio traslativo sottoposto a termine iniziale o a termine risolutivo, bensì nel senso che la proprietà sia intrinsecamente limitata da un termine, sia cioè prevista fin dal suo sorgere l'estinzione del diritto dopo un certo tempo, indipendentemente quindi da una trasmissione ad altri o da una ritrasmissione al precedente proprietario. Questa concezione eliminava quello che appariva l'unico ostacolo a concepire l'usufruttuario come titolare della proprietà; se l'usufrutto si distingueva dalla proprietà solo in quanto ne era sicura la reintegrazione, ammessa la proprietà temporanea, era naturale giungere ad una unificazione dell'usufrutto con la proprietà. Ma due altre concezioni dogmatiche ebbero influenza sull'ALLARA (43) (44): la prima, che la proprietà e gli altri diritti reali non hanno un contenuto positivo giuridicamente rilevante, ma solo un contenuto negativo, ossia non consistono in ciò che il titolare può fare, ma in ciò che gli altri consociati devono non fare; la seconda, che i diritti reali si distinguono in due grandi categorie, a contenuto generale e a contenuto speciale, e che nella prima categoria non si possono fare suddivisioni, non consentendo ciò che è generale di essere diviso in specie. Queste due concezioni hanno avuto un peso determinante nell'indurre

42) M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, Palermo 1930, pag. 30.

43) M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino 1939, I, pag. 94.

44) M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino 1949, III, pag. 583.

L'ALLARA a delineare la sua nozione di usufrutto. Infatti, constatando che i soggetti passivi del rapporto di usufrutto hanno il dovere di astenersi, non da un'unica ingerenza rispetto alla cosa, ma da qualsiasi ingerenza, l'ALLARA attribuisce al rapporto di usufrutto un contenuto generale. E poichè, a suo giudizio, il rapporto a contenuto generale si identifica, senza possibilità di eccezioni e distinzioni, con la proprietà, la quale, secondo quanto si presuppone, può anche essere temporanea, ne deduce logicamente che l'usufrutto comprende un rapporto di proprietà. L'ALLARA, d'altra parte, non può nascondersi che l'usufruttuario ha una sfera di azioni più ristretta che non il proprietario; ma, avendo sostenuto che il contenuto del rapporto reale è costituito, anzichè da quanto il soggetto attivo può fare, da quanto devono non fare i soggetti passivi, egli si libera senza fatica delle difficoltà, osservando che la limitazione della sfera di azione dell'usufruttuario non significa che egli non abbia la proprietà (temporanea), bensì che egli è tenuto, mediante un'*obligatio propter rem*, a non modificare la destinazione economica della cosa, a non appropriarsi del tesoro o degli alberi divelti ed a tenere altri comportamenti negativi e positivi. Senonchè è da precisare che l'ALLARA è lungi dall'identificare puramente e semplicemente l'usufrutto con la proprietà temporanea. Se la identificasse, si dimostrerebbe palesamente in errore, poichè è troppo chiaro che l'usufruttuario ha una posizione inferiore a quella del proprietario. L'ipotesi dell'ALLARA è più sottile, poichè egli considera l'usufrutto come un complesso di rapporti in cui la proprietà temporanea (che rappresenta il nucleo) è

affiancata da tutta una serie di obbligazioni *propter rem* dell'usufruttuario.

La teoria dell'ALLARA è stata da molti criticata, e non solo da romanisti, bensì anche da civilisti moderni, visto che l'ALLARA intende estendere la sua concezione all'istituto attuale dell'usufrutto.

Il GROSSO (45) comincia la sua critica con una negazione. Egli nega che un diritto reale possa o debba essere concepito puramente come un complesso di doveri negativi. Dopo questa premessa il GROSSO afferma che i Romani, non conoscendo la proprietà *ad tempus*, hanno configurato il diritto di usufrutto come *ius di uti frui* coesistente con la proprietà. Il nostro ordinamento, continua, ha ereditato dai Romani questa configurazione : ha infatti concepito l'usufrutto come *ius utendi fruendi* coesistente colla proprietà, che ne viene compressa. I Romani hanno positivamente determinato e definito, sia pure mirando a termini generali, questo *uti frui* nell'ambito della destinazione economica della cosa ; e, se anche alcune norme del regolamento concreto sono mutate, questo concetto dell'*uti frui* definito come contenuto di un *ius in re aliena* resta fondamentale nel nostro ordinamento giuridico. Al di là dei limiti di questo *uti frui*, opera attualmente in concreto il diritto del proprietario (compreso dal coesistente diritto altrui), diritto che viene leso qualora l'usufruttuario ecceda i limiti dell'*uti frui*. Ora, afferma il GROSSO, il rispetto della destinazione economica della cosa non

45) G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., pag. 82.

può essere configurato semplicemente come oggetto di una obbligazione *propter rem*, ma costituisce un limite fondamentale dell'*uti frui*, al di là del quale c'è violazione del diritto di proprietà. Ciò appare in primo piano per la distruzione o la trasformazione della cosa.

L'ALLARA, configurando la proprietà con termine iniziale come diritto già esistente attualmente (il titolare del quale sarebbe il nudo proprietario), e cioè coesistene con la proprietà a termine finale, parla di "comportamento negativo dedotto nel rapporto di proprietà con termine iniziale" : ma questa proprietà con termine iniziale, già esistente attraverso un complesso di attuali obblighi altrui di non ingerenza, sarebbe esattamente l'originaria proprietà compressa dall'altrui diritto di *uti frui*. La costruzione romana dell'usufrutto, accolta dal nostro codice, trova la sua espressione coerente nel regime giuridico dell'istituto ; anche se si volesse prendere il diritto reale nel complesso di obblighi negativi corrispondenti, la costruzione conserverebbe il suo valore. In effetti, conclude il GROSSO, bisogna ammettere che nel diritto attuale sono state obliterate talune conseguenze che i Romani traevano dalla loro configurazione dell'usufrutto come *ius di uti frui*, quali per esempio l'acquisto dei frutti mediante *perceptio* e l'estinzione dell'usufrutto per *rei mutatio*. Ma ciò non toglie che la costruzione giuridica dell'usufrutto sia ancora oggi quella ereditata dai Romani. In questa direzione si è mosso pure il MESSINEO (46), che non accoglie la teoria dell'ALLARA. Egli

46) F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1952, pag. 44.

afferma che la proprietà temporanea comporterebbe la sospensione di ogni potere del nudo proprietario. Invece, sia le fonti che il dettato legislativo odierno sono nel senso opposto : di attribuire al nudo proprietario, durante l'usufrutto, diritti attuali, i quali ostano a concepire l'usufrutto come proprietà temporanea.

Una critica particolare viene portata avanti dal PUGLIESE (47), il quale, negando l'esistenza di una proprietà temporanea, attacca la concezione dell'ALLARA, ponendosi all'interno del suo sistema e quindi lasciando impregiudicata la validità di quei presupposti su cui la teoria di quest'ultimo trova fondamento. In particolare, il PUGLIESE non discute l'ammissibilità della proprietà temporanea, non in questa sede perlomeno. Il PUGLIESE mette in dubbio anzitutto l'affermazione che i terzi siano esclusi dalla cosa in modo altrettanto generale che in materia di proprietà, che cioè tutti i terzi siano soggetti ai medesimi obblighi sia nei confronti del proprietario, sia dell'usufruttuario. Senonchè, afferma il PUGLIESE, talune ingerenze sono specificamente consentite al così detto nudo proprietario, e non solo per sorvegliare come si comporta l'usufruttuario, ma anche per utilizzare in qualche modo la cosa o trarne vantaggi marginali. Così il nudo proprietario può ingerirsi ed impossessarsi legittimamente della parte del tesoro che non spetta al ritrovatore, o degli alberi divelti. È ovvio constatare quindi come le ingerenze vietate ai soggetti passivi della proprietà non coincidono con quelle vietate ai soggetti passivi dell'usufrutto, ed è agevole desumere che il contenuto dell'usufrutto è bensì generale, ma in

47) G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, cit., pag. 28.

modo diverso dalla proprietà, contrariamente a quanto asserisce l'ALLARA. Bisogna quindi ammettere che il nudo proprietario non ha una proprietà futura, bensì una proprietà attuale, diritto che gli consente appunto di acquistare la proprietà del tesoro e degli alberi divelti. Il secondo punto su cui sofferma l'attenzione il PUGLIESE è che, contrariamente all'assunto dell'ALLARA, usufrutto e nuda proprietà obbediscono ad un regime giuridico diverso, non sono cioè situazioni omogenee, come dovrebbero essere, se veramente l'usufrutto comprendesse un nucleo di proprietà. Infatti, afferma il PUGLIESE, l'usufrutto è soggetto a una serie di cause estintive che sono inconcepibili in materia di proprietà sia nuda che piena. La prescrittibilità per non uso è appunto il contrassegno dei *iura in re aliena*; nè la nuda proprietà, nè alcun'altra specie di proprietà possono prescriversi. Lo stesso dicasi dell'estinzione per *consolidatio*. Inoltre, continua sempre il critico, supponendo pure che la nuda proprietà si estingua, il che è possibile almeno nel caso di abbandono di cosa mobile o di espressa rinuncia alla proprietà su di essa, la conseguenza sarà che la cosa diventerà *nullius*, come tale occupabile da chiunque, mentre l'usufrutto rimarrà immutato, salvo naturalmente la possibilità che l'usufruttuario, come qualunque terzo, addivenga all'occupazione della cosa mutando il titolo del suo possesso. La conseguenza dell'estinzione dell'usufrutto è invece l'automatica trasformazione della nuda proprietà in proprietà piena. È chiaro che questa trasformazione in proprietà piena ed attuale sarebbe inconcepibile, se il nudo proprietario avesse soltanto una proprietà futura e l'usufruttuario una proprietà temporanea: estinta quest'ultima, la cosa dovrebbe

diventare *nullius* fino al sopraggiungere del termine iniziale a cui era sottoposto il diritto del nudo proprietario. Ma ciò non avviene. È importante quindi sottolineare, secondo il PUGLIESE, la diversa posizione dell'usufruttuario e del nudo proprietario in ordine alla possibilità di reintegrare la loro signoria sulla cosa: l'usufruttuario può reintegrarla solo mediante uno specifico acquisto della nuda proprietà, non giovandogli affatto l'estinzione di questa di sè per sè; il nudo proprietario invece la vede reintegrata automaticamente, in seguito alla pura e semplice estinzione dell'usufrutto, senza bisogno di alcun acquisto. Questo sta a significare che la nuda proprietà è appunto una proprietà, come tale comprimibile ed elastica, mentre l'usufrutto non è, nè contiene una proprietà, in modo che non è nè comprimibile nè elastico. A questo punto il PUGLIESE formula le sue conclusioni. In astratto, afferma, il risultato di attribuire ad alcuno, per un certo tempo o per tutta la vita, le utilità di una cosa appartenente ad altri si sarebbe potuto raggiungerle con il conferire al primo la proprietà temporanea della cosa ed al secondo la proprietà futura. Ma il diritto romano non ammetteva (così come non ammette in questo senso il nostro diritto odierno) una proprietà temporanea, sicchè, per ottenere il medesimo risultato, si dovette considerare il beneficiario quale titolare di uno speciale diritto di godimento su cosa non propria che fu l'*usus fructus*; e, avendo così fatto a meno dello schema della proprietà, fu indotto naturalmente a determinare le facoltà e i doveri dell'usufruttuario in modo diverso da come li avrebbe determinati, se avesse presupposto che la cosa appartenesse a lui, sia pure temporaneamente, anzichè ad un terzo. Dobbiamo

quindi affermare, conclude il PUGLIESE, che la situazione giuridica complessiva dell'usufruttuario non può venir costretta entro lo schema della proprietà temporanea, nemmeno se tentiamo di modificarlo o integrarlo con un numero più o meno elevato di obbligazioni *propter rem*. Qualunque sforzo si faccia di costruzione dogmatica, rimane sempre un gruppo di regole che non appaiono compatibili se non con la figura di un diritto di godimento su cosa altrui. La valutazione della dottrina dell'ALLARA da parte del PUGLIESE ha attirato le critiche del BURDESE (48). Quest'ultimo rimprovera al PUGLIESE di aver sopravvalutato i concetti di usufrutto e di nuda proprietà pervenutici attraverso la tradizione romanistica, scambiandoli per concetti dogmatici di teoria generale del diritto e reputandoli pertanto idonei a rappresentare senz'altro la realtà del diritto positivo odierno. In altre parole, il BURDESE accusa il PUGLIESE di aver analizzato la teoria dell'ALLARA con un'ottica "troppo" romanistica, di aver usato certi concetti alquanto empirici di cui si servivano più o meno espressamente i Romani, concetti inadeguati ad esprimere la realtà che si vuole descrivere. Puntuale è arrivata la risposta del PUGLIESE (49) alle critiche mossegli. Quest'ultimo ha affermato in un suo scritto, o meglio precisato, di aver semplicemente sostenuto che l'usufrutto nel nostro ordinamento deriva in modo diretto dall'usufrutto romano, che non ha subito sensibili influenze esterne e che le norme che

48) A. BURDESE, *Critica a Pugliese*, in *RDC*, 1955, pag. 440.

49) G. PUGLIESE, *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, in *R.T.D.P.C.*, 1956, pag. 444.

ora lo disciplinano e cheggiano in larga misura gli orientamenti e le soluzioni della giurisprudenza romana. Il PUGLIESE ha precisato di non aver minimamente pensato di recepire senza esame le categorie concettuali romane (formatesi, del resto, per gradi e non senza concessioni a ricostruzioni diverse, come quella della *pars rei*), nè di attribuire ad esse una validità metastorica; egli ha constatato invece che il diritto positivo vigente, corrispondendo nella maggior parte dei suoi aspetti essenziali al diritto positivo romano dell'epoca classica o anche giustiniana, può essere efficacemente rappresentato con concetti analoghi a quelli elaborati dai giuristi romani e dalla tradizione romanistica. La problematica in esame è significativa in quanto, esulando ora dal "caso ALLARA", è rappresentativa di una polemica che investe le varie ricostruzioni giuridiche degli istituti odierni. Si può dire di trovarsi molte volte in presenza di due correnti, la prima delle quali vorrebbe considerare gli istituti regolati dal diritto odierno, se non proprio completamente slegati dal diritto antico, sicuramente legati molto tenuemente; la seconda invece inserisce in un contesto spazio-tempo l'istituto moderno stabilmente legato e in diretta connessione quindi con i corrispondenti istituti del diritto romano. Noi che scriviamo ci sentiamo vicini alla seconda corrente: riteniamo, infatti, che per conoscere un istituto occorre sapere la storia dell'istituto medesimo, così come, per concepire la regolamentazione di un certo periodo, si deve studiare la regolamentazione del periodo precedente. In altre parole, mai si potrà dire di conoscere la "proprietà" se prima non si è studiato la *proprietas* o addirittura il *mancipium*, così come non si potrà mai dire di conoscere l'usufrutto, se prima non si è studiato l'*usus*

fructus ; o ancora il "matrimonio" se non si conosce la *conventio in manum*.

Questo è quello che pensiamo noi che scriviamo e siamo sicuri che allo stesso modo pensino tutti coloro che nella "evoluzione" vedono un elemento di continuità e soprattutto di chiarezza.

L'AMBROSINO (50), prendendo le mosse da un'analogia di struttura che egli riscontrerebbe fra *usus fructus* e *communio* attraverso tutta una serie di corrispondenze nel regime giuridico, e facendo leva particolarmente sul concorso nel godimento fra legatario della cosa e legatario dell'usufrutto, sostiene che in antico l'usufrutto non si poteva costituire per intero sul fondo, come godimento esclusivo, ma che originariamente l'usufrutto si "comunicava" fra il proprietario e l'usufruttuario, instaurando una comunione nel godimento. Secondo questo autore, il rapporto strutturalmente analogo alla *communio*, intercorrente tra usufruttuario e proprietario, sarebbe stato allora essenziale alla stessa nozione e struttura dell'usufrutto, per lo meno fino agli ultimi sviluppi repubblicani. Con maggiore sensibilità storica egli anticipa la fase in cui l'usufrutto si sarebbe compenetrato con la proprietà, scorgendo nelle proposizioni dei giuristi classici solo i sintomi e, più esattamente, i residui di una concezione più antica. Ma vediamo più precisamente la teoria di questo romanista. Egli mette in luce qualche aspetto già presente nella

50) R. AMBROSINO, '*Ususfructus*' e '*communio*', cit., pag. 183.

teoria del PAMPALONI e più specificamente i medesimi testi che applicano all'usufrutto il concetto di *pars dominii*. Tuttavia il richiamo, che muove dalle medesime premesse del PAMPALONI, mira a dimostrare una tesi indubbiamente diversa da quella di quest'ultimo. Egli vuole inserire nel panorama critico una nuova osservazione importante e cioè la parziale ma assai spiccata analogia fra *usus fructus* e *communio*. Non si deve credere tuttavia che egli voglia equiparare l'usufruttuario a un condomino, incasellando nella comproprietà il rapporto fra usufruttuario e nudo proprietario ; egli non disconosce invero la sostanziale eterogeneità dell'usufrutto rispetto alla nuda proprietà. "Ma invece di limitarsi a questo riconoscimento e di tentare quindi una più modesta spiegazione delle rilevate analogie, egli suppone che in tempi più antichi usufruttuario e nudo proprietario abbiano avuto in comune non la proprietà, ma il godimento della cosa, ossia, in pratica, che la cosa non sia stata goduta dal solo usufruttuario, bensì, insieme con lui, dal nudo proprietario" (GROSSO).

Ecco i punti nei quali si riscontra analogia di struttura fra *usus fructus* e *communio* :

a) Tanto i soci nella *communio*, da un lato, quanto l'usufruttuario e il proprietario, dall'altro, non possono compiere innovazioni sulla cosa, quantunque producano migliorie, se non di comune accordo. Si prescinde qui dai deterioramenti, in quanto la regola che li vieta è vigente per ogni relazione giuridica, nel senso che nessuno può menomare il godimento o il diritto altrui. Sebbene quindi si estenda anche al nostro campo, non

avrebbe di per sè particolare importanza. Ma il divieto di migliororia è significativo in quanto pone sul medesimo piano la posizione dei "soci" con la posizione del proprietario e dell'usufruttuario, nel senso che anche costoro, quantunque abbiano un diverso diritto, sono soggetti allo stesso regime.

b) Nè i soci nella *communio*, nè il proprietario e l'usufruttuario possono unilateralmente modificare la destinazione economica della *res* e dei *servi*. Tuttavia non sono tenuti ad usarne allo stesso modo. La prima parte della regola, a ben vedere, non fa che ribadire quel divieto di cui sub *a*.

La seconda parte pone invece una nuova analogia: l'indipendenza dei soci, del *dominus* e del *fructuarius* nel disporre della *res* a proprio piacimento senza possibilità di opposizione da parte dell'altro interessato, con il solo limite di rispettare la destinazione economica della cosa. Destinazione che sarà stabilita dal proprietario prima della costituzione del diritto di godimento, dal proprietario e usufruttuario dopo la costituzione del medesimo diritto, da tutti i soci della *communio*. Quello che a noi qui importa è l'uguaglianza di disposizioni che regolano sia il regime della *communio* sia quello del rapporto usufrutto-proprietà: nessun soggetto, sia nel primo caso che nel secondo, è tenuto all'utilizzazione della *res* in modo determinato da altri. Il limite a questa libertà di disposizione c'è, ma, dicevamo, è costituito dalla "destinazione economica della cosa" e vige tanto nella *communio* quanto nell'*usus fructus*.

c) Senza accordo non è consentito, a ciascuno dei condomini o al solo proprietario o al solo usufruttuario, concedere servitù o abbandonare quelle esistenti.

Anche per quanto riguarda la conservazione della servitù, l'analogia è piena. Il principio *servitus per partes retinetur* fa sì che l'esercizio della servitù da parte di uno solo dei condomini vale a conservarlo; allo stesso modo l'esercizio del solo *fructuarius* o del solo *dominus proprietatis* opera conservazione della servitù.

d) L'inumazione del cadavere fatta da uno solo dei condomini senza il beneplacito degli altri o fatta dal proprietario senza il beneplacito dell'usufruttuario non rende religioso il fondo. A prescindere dall'inumazione fatta dall'usufruttuario senza il consenso del proprietario, ugualmente impossibile in quanto esorbitante dai poteri riconducibili nell'*uti frui*, l'analogia rilevata è messa in chiaro dalla identica limitazione dei poteri del *dominus*, sia che si trovino in concorrenza con i poteri di altri *domini*, sia che si trovino in concorrenza con quelli del *fructuarius*.

e) Tanto i soci della *communio*, quanto il proprietario e l'usufruttuario hanno ciascuno di per sè la *coercitio* sul servo, con il solo limite di non danneggiare gli altri aventi diritto.

f) Se il *servus* è *communis*, la *aestimatio* del servo accusato d'adulterio si divide fra i condomini ; si divide fra il *dominus* e il *fructuarius* se è dato in usufrutto. Nell'ipotesi prevista dalla *lex Iulia de adulteriis* non si può sorvolare sulla regola che suddivide

l'aestimatio del servo per quote fra i comproprietari e fra *dominus* e *fructuarius*.

g) La manomissione compiuta isolatamente soltanto da taluno dei condomini, o dal proprietario senza il consenso dell'usufruttuario, non produce la liberazione del servo. Anche qui si prescinde come sub *d* dall'ipotesi di manomissione del servo compiuta dal *fructuarius*, perchè esorbitante dall'*uti frui*.

L'analogia si riscontra negli effetti della dichiarazione unilaterale di taluni condomini o del proprietario : in entrambi i casi viene considerata la manomissione come rinuncia alla proprietà e il servo continua ad essere tale rispetto agli altri condomini o resta *servus sine domino* in caso di usufrutto. Con Giustiniano poi l'analogia scompare, in quanto il *servus sine domino* diventa *quasi servus*, in attesa che l'usufrutto si estingua per conseguire tutti gli effetti della liberazione.

h) Sia il condomino, senza il consenso degli altri soci, sia il nudo proprietario, senza il consenso dell'usufruttuario, sia l'usufruttuario, senza il consenso del proprietario, possono vendere, donare, locare, ipotecare il loro diritto. Come il consenso di tutti i soggetti interessati è richiesto per alcuni atti sia nella *communio* sia nell'*usus fructus*, gli atti di disposizione qui richiamati prescindono dal consenso altrui sia nel condominio sia nell'usufrutto.

i) Come i soci estendono il *dominium, pro parte*, sulle accessioni alle cose comuni, così il proprietario e l'usufruttuario

estendono il loro diritto alle alluvioni. L'assunto, mosso da taluni studiosi (51), secondo cui l'usufrutto al contrario della proprietà non ha nessuna forza di espansione (e si ricorda in proposito che l'usufrutto non si estende anche all'*insula in flumine nata* e agli alberi divelti), non ha nessuna rilevanza nei confronti di quanto qui si vuol dimostrare. In realtà l'usufrutto, compatibilmente con il suo contenuto, estendendosi sulle alluvioni e sulle miniere metallifere che vengono scoperte sul fondo, mostra massima forza d'espansione; se non si estende anche all'*insula in flumine nata*, agli alberi divelti, al tesoro scoperto è perchè queste cose da un lato non sono frutti, e quindi non rientrano nell'*uti frui*, e dall'altro non diventano parte indistinta del fondo e su di esse quindi non potrebbe estendersi l'*uti frui* concesso sul fondo. L'analogia è dunque solo parziale con la *communio*, ma ciò dipende dal fatto che l'usufrutto non è proprietà: l'analogia di struttura è peraltro piena, nei limiti compatibili con la differente natura del diritto.

l) Il socio, per esimersi da pesi o responsabilità verso gli altri soci, può derelinquere la sua quota; allo stesso modo l'usufruttuario può derelinquere l'usufrutto per esimersi da pesi o responsabilità verso il proprietario.

m) I soci nella *communio* sono autonomi e lo sono anche il *dominus proprietatis* e il *fructuarius* nell'intentare la *vindicatio servitutis*, l'*operis novi nuntiatio*, l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio de servo corrupto*, gli interdetti

51) Tra gli altri il GROSSO ed il BONFANTE.

possessori. La regola non si presenta con particolare difficoltà in tema di *communio*, ma nel campo dell'usufrutto (precisamente viene talvolta messa in dubbio e talvolta addirittura negata la classicità). Indubbiamente le innovazioni giustinianee non mancano nemmeno in questo campo, ma in questo senso: Giustiniano nega la *vindicatio servitutis* all'usufruttuario, ma perchè gli concede ormai la *vindicatio usus fructus*; gli interdetti accordati al *fructuarius* dai classici sono sostituiti da Giustiniano con la diretta tutela possessoria.

n) Il diritto dell'usufruttuario è nelle fonti chiamato *pars dominii*, come *pars dominii* è chiamata nella *communio* di proprietà la quota di ciascun socio. Questa caratteristica, nel campo dell'*uti frui*, prende spunto dalla terminologia per ripercuotersi sulla struttura dell'usufrutto. Secondo l'AMBROSINO, tutti i tentativi per spiegare questa terminologia sono falliti, così come è fallita la teoria di coloro che svuotavano d'importanza la terminologia stessa, dichiarando che *pars dominii* o *pars rei*, nell'usufrutto, sono modi di dire che non possono servire di base a nessuna costruzione giuridica. L'unica via da seguire è, secondo l'AMBROSINO, quella per la quale la considerazione dell'usufrutto come *pars dominii* è fatta per sottolineare "come in molti casi l'usufrutto è regolato analogicamente alla guisa di come è regolata la quota di proprietà".

o) Un ulteriore esempio di analogia è dato dal *ius adcrescendi*. Nel campo dell'eredità, fino alle *leges Iulia et Papia*, la quota che il coerede non acquistava veniva acquistata dai

coeredi rimanenti ; parimenti la quota derelitta da un condomino veniva acquistata dagli altri soci. Analogo regime valeva in tema di usufrutto : non solo, secondo l'AMBROSINO, dal punto di vista dell'accrescimento dell'usufrutto alla proprietà, ma anche dal punto di vista dell'accrescimento della proprietà all'usufrutto. In questo caso Giuliano ci dimostra come l'usufrutto si estingua per consolidazione, in quanto, verificandosi la condizione, la proprietà ingloberà l'usufrutto. L'effettiva consolidazione mostra di per sè l'effettivo accrescimento. Accrescimento che esiste anche nella *communio*.

p) Un caso in cui si riscontra ancora l'analogia, e più precisamente l'analogia di struttura, è dato dalla regolamentazione dei legati. Sono chiari i testi che nel campo dei legati dichiarano che se il testatore lascia a Tizio l'usufrutto e a Caio la proprietà, *ususfructus inter eos communicabitur*. È proprio in questo campo che si nota maggiormente come l'analogia con la *communio* non fu su un piano di proprietà, perchè l'usufruttuario non fu mai proprietario, bensì è da scorgere su un piano di semplice godimento : il proprietario non rimaneva privo dell'*uti frui* che concorreva con l'*uti frui* del legatario usufruttuario. Sebbene sia una soluzione che a molti appare stranissima, in quanto considerano l'usufrutto come diritto totalmente separabile dalla proprietà, al tempo dei romani invece era possibile e ne sono riprova i vari frammenti riportati dell'AMBROSINO a sostegno della sua tesi (D. 7,5,6; D. 7,2,9; D. 33,2,26,1; D. 33,2,19).

Il legato di usufrutto dunque *communicabatur*, rendeva comune tanto al proprietario quanto all'usufruttuario il godimento

della cosa. La giurisprudenza che intendeva così il legato, chiamata a regolare i rapporti di questa associazione nel godimento, non poteva ispirarsi che alle regole della *communio*, s'intende nei limiti della loro pratica applicabilità ad un rapporto analogo ma pur diverso. Di qui le regole che, ruderi del vecchio ordinamento, affiorano nel *Corpus iuris*, a mostrare analogie tra *usus fructus* e *communio*, sia nel campo della disponibilità materiale della cosa, sia nel campo della disponibilità giuridica della cosa o del diritto. Di qui la terminologia comune ai due istituti : segnatamente quelle di *pars rei* o *dominii*.

Senonchè le cose a poco a poco sono cambiate. Le analogie riscontrate sono ruderi di un ordinamento tramontato, continua l'AMBROSINO, che tanto più dovette essere divelto dalle fondamenta, quanto più esso si presentava incompatibile con la fisionomia che l'istituto dell'usufrutto assumeva, fino al punto di poter essere ricompreso tra le servitù. A sgretolare la vecchia struttura indubbiamente fu l'intervento della *cautio fructuaria*. La *cautio* creava un preciso rapporto di subordinazione dell'usufruttuario al proprietario. Successivamente altre norme e altri istituti accentuarono la subordinazione, contemporaneamente e progressivamente l'usufrutto accentuava il suo carattere di *ius in re aliena* e le norme della *communio* non trovavano più applicazione per mancanza di una razionale e armonica sistemazione nella nuova struttura che dell'usufrutto veniva consolidandosi.

Per concludere : ecco come l'AMBROSINO ha interpretato la figura dell'usufrutto, scindendola in due periodi : quello

repubblicano e quello giustiniano, caratterizzati nel primo dall'analogia della regolamentazione tra *usus fructus* e *communio*, ma tenendo pur sempre ben separati i due istituti. Analogia limitata alla comunione di godimento quindi. Nel secondo periodo l'AMBROSINO intravede questa evoluzione che distacca sempre più i due istituti configurantisi come scissi totalmente nel *Corpus iuris*, con caratteristiche e strutture completamente proprie. L'AMBROSINO ha svolto in favore di questa sua tesi un'ampia ed elegante argomentazione; non altrettanto persuasiva però secondo taluni studiosi.

Secondo il GROSSO (52), le corrispondenze di regime che l'AMBROSINO vuole scorgere tra usufrutto e *communio* sono estrinsecamente ricostruite dall'autore e non si esplicano in un sistematico avvicinamento dei due istituti, da parte della giurisprudenza, che possa rappresentare il ricordo della modellazione dell'uno sull'altro. Secondo il GROSSO inoltre, tali coincidenze si spiegherebbero ciascuna in sè e per sè, anche prendendo l'usufrutto nella configurazione del *ius in re aliena*. Esse non postulano quindi alcuna analogia di struttura e tanto meno una originaria comunione di godimento tra usufruttuario e proprietario. In particolare il GROSSO afferma che :

1) l'autonomia nell'utilizzazione della cosa da parte del proprietario e dell'usufruttuario di cui sub *b* (vedi AMBROSINO) si riporta al carattere di diritto reale che ha l'usufrutto ;

52) G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., pag. 28.

2) l'accrescimento per abbandono, che opera secondo l'AMBROSINO reciprocamente (di cui sub *o*), è falso ; a questo assunto osta D. 7,4,17, che ha secondo il GROSSO tutt'altro riferimento ; e la diversità di effetti che si aveva nel caso di manomissione dello schiavo in proprietà, da parte di un condomino, o dello schiavo in usufrutto da parte del nudo proprietario, prova il contrario.

La congettura dell'AMBROSINO non si presenta quindi, secondo il GROSSO, appoggiata a elementi che ne possano dare un principio di dimostrazione.

Anche il PUGLIESE (53) critica la teoria dell'AMBROSINO. Secondo il PUGLIESE, le congetture dell'AMBROSINO non sono giustificate dagli elementi offerti dalle fonti classiche. In particolare si critica la supposizione che nella sua struttura originaria l'usufrutto fosse tanto connesso con la proprietà da avere durata perpetua, anzichè vitalizia, e da non essere suscettibile di estinzione per non uso, causa di estinzione introdotta secondo il romanista solo successivamente. Ebbene, secondo il PUGLIESE, i romani non ammettevano il così detto *fructus sine usu* ; laddove la proprietà poteva essere staccata senza estinguersi dalla facoltà di usare e sfruttare la cosa e anzi la partecipazione al godimento del proprietario che costituiva l'usufrutto *inter vivos* mediante *in iure cessio* era, secondo il PUGLIESE, esclusa ; questo perchè avrebbe reso alquanto

53) G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, cit., pag. 34.

aleatorio il reddito e comunque l'avrebbe ridotto. È qui esclusa quindi l'analogia di struttura con i soci della *communio*.

Tuttavia, continua il PUGLIESE, è vero che la *communicatio usus fructus* è prevista, ma solo nell'ipotesi di contemporaneo legato dell'usufrutto e della proprietà a due persone diverse. In questo caso è ammessa la partecipazione del proprietario al godimento della cosa, ma al solo scopo di contenere il corrispondente diritto del legatario (il quale dovrà rivolgersi al proprietario per le innovazioni ecc.). Che poi questi principi coincidano con alcuni di quelli applicati in tema di comunione non significa affatto che usufruttuario e nudo proprietario fossero uniti da un vero rapporto di comunione.

Anche il BRETONE⁽⁵⁴⁾ ha criticato pesantemente l'AMBROSINO, sostenendo che le conseguenze "aberranti" a cui giunge il romanista sono frutto di "errori esegetici".

III. LA NOSTRA RICOSTRUZIONE

Le varie ricostruzioni che abbiamo esaminato utilizzano in differente modo i diversi elementi del regime dell'usufrutto. I poli tra i quali sembra oscillare la costruzione giuridica dell'istituto sono tre. L'usufrutto fu, rispetto alla proprietà :

a) un "*minus*" ;

b) una "*pars dominii*" (con variante proprietà temporale) ;

⁵⁴) M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, cit., pag. 11, nota 43.

c) un "*aliud*" (diritto autonomo).

Le teorie più importanti si rifanno sicuramente alla seconda e alla terza costruzione. La seconda fa leva sulla concezione dell'usufrutto alla stregua della *pars dominii* nel pensiero dei classici e su una trasformazione giustiniana nel senso della *servitus* (con la variante, per quanto concerne la proprietà temporale, di identificare l'usufrutto con una proprietà "totale" che si distingue da quella ordinaria, per il solo fatto di essere limitata ad un certo periodo di tempo e attenuata da un fascio di obbligazioni *propter rem*). La terza riconosce all'usufrutto la qualifica di *ius in re aliena* (autonomo quindi) già dal periodo classico.

Secondo noi, la teoria da seguire è sicuramente quella che configura l'usufrutto come una *pars rei* o *dominii*. Questo per una pluralità di motivi che cercheremo di elencare rapidamente :

1) Sicuramente, dall'analisi dei frammenti, si denota come moltissime volte sia stato equiparato l'usufrutto alla *pars rei*. I frammenti che citano un *non est pars rei* sono sicuramente, a parere di chi scrive, frutto di interpolazioni ad opera di compilatori che, dovendo cominciare a configurare l'istituto in esame come un *ius in re aliena*, non potevano fare altrimenti. Inoltre questi frammenti non possiedono alcuna forza probante contro la concezione di Giuliano dell'usufrutto come *pars dominii*, concezione oltremodo ricorrente nel Digesto e che non lascia adito a dubbi contrari.

2) In secondo luogo, dal punto di vista processuale, il proprietario è equiparato all'usufruttuario nelle fonti : *vindicatio servitutis, operis novi nuntiatio, actio legis Aquiliae* ed altre spettano ad entrambi. La soluzione non può essere che per la perfetta identità anche sostanziale.

3) In terzo luogo perchè riteniamo che nel periodo classico, soprattutto all'inizio (ma anche verso il tardo, visto Papiniano : D. 7,1,33,1 ; e Paolo : D. 7,1,4), l'usufrutto non si sarebbe mai potuto configurare come un *ius in re aliena* proprio per immaturità del tempo. Solo con Marciano, che è un tardo classico, l'usufrutto venne portato sotto il concetto di servitù personale, configurandosi come un diritto autonomo diverso dalla proprietà. Il frammento D. 8,1,1 ne è la riprova, e sul tentativo del LONGO di dimostrare l'interpolazione di questo prevale la constatazione del BUCKLAND, secondo la quale non si vede la ragione di attribuire a Marciano, da parte dei compilatori, un pezzo che suo, secondo il LONGO, non doveva essere.

Appurata quindi la propensione dello scrivente per quelle teorie che individuano dei nessi con quei frammenti ove si parla di *pars dominii*, resta da elaborare la nostra ricostruzione giuridica del concetto di usufrutto.

Riteniamo di poter prendere spunto dalla teoria dell'AMBROSINO, ma concordiamo con il REGGI. In alcuni suoi scritti il Maestro ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾ concorda esplicitamente con il su citato

55) R. REGGI, *Alluvione e usufrutto*, cit., pag. 90.

studioso, pronunciandosi contro quelle opinioni che danno alla terminologia che fa dell'usufrutto una *pars dominii* unicamente significato economico, escludendo qualsiasi valore giuridico.

L'analogia di struttura tra la *communio* ed il rapporto "proprietario-usufruttuario" viene dimostrata anche dal REGGI.

Quest'ultimo riporta innanzitutto talune osservazioni dell'AMBROSINO (più precisamente le lettere *a ; b ; c ; h e p* cui rimandiamo) e poi dimostra come il potere *uti frui* dell'usufruttuario, staccato nettamente dalla proprietà, possa essere comparato, in caso di consolidazione, ad una porzione di terra che accresce il fondo per alluvione. Se esaminiamo infatti il fenomeno dell'accrescimento del fondo per mezzo dell'alluvione, si può vedere come il proprietario acquista un nuovo diritto di proprietà sul tutto risultante dalla congiunzione. Praticamente estende il godimento, che dapprima aveva solo sul fondo, anche a quella parte che è stata apportata (alluvione propria) o lasciata scoperta (alluvione impropria), in ogni caso congiunta. Quindi il godimento del proprietario, limitato prima alla sola cosa principale, si estende alle cose accedute, così come, ed ecco il parallelismo, l'usufrutto, consolidandosi alla proprietà, altro non fa che accrescere "quel limitatissimo godimento che al proprietario i romani facevano conservare".

56) R. REGGI, *Usufrutto e 'pars rei' in Salvio Giuliano*, in *Studi Parmensi*, III, Milano 1953, pag. 497.

A sostegno di tale tesi si possono riportare due passi del Digesto: il D. 6,1,33 (Paul. 21 *ad ed.*) e il subito seguente D. 6,1,34 (Iulian. 7 *Digest.*). La sequenza è importante, perchè ci si trova di fronte al fenomeno definito dallo HOFFMANN (57) delle "leggi dipendenti", in forza del quale i frammenti non vennero inseriti così a caso, ma secondo un nesso ben specifico con i frammenti preposti o successivi. Ma vediamo ora in modo più specifico i due passi, dai quali traspare una similitudine tra "usufrutto" e "alluvione" :

D. 6,1,33 (Paul. 21 *ad ed.*).

Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt : et ideo si dolo aut culpa possessoris res petita perierit, veriolem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis eo usque fructuum rationem habendam, quo usque haberetur, si non perisset, id est ad rei iudicandae tempus : quod et Iuliano placet. Hac ratione, si nudaе proprietatis dominus petierit et inter moras usus fructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usus fructus reversus est, ratio fructuum habetur.

Nel frammento si afferma che, se l'usufrutto si estingue consolidandosi alla nuda proprietà mentre è pendente un giudizio di rivendica intentato dal nudo proprietario contro il possessore del fondo, il convenuto perdente dovrà essere condannato non

57) E. HOFFMANN, *Die Compilation der Digesten Justinianus*, Vienna 1900.

solo alla restituzione della cosa principale, ma anche a quella dei frutti dal giorno in cui l'usufrutto si è estinto. Ora, nel frammento seguente si legge :

D. 6,1,34 (Iulian. 7 *Digest.*).

Idem est et si per alluvionem pars fundo accesserit.

Si stabilisce così una perfetta analogia di trattamento nel caso in cui sia una parte di terra che acceda al fondo per alluvione e sia sempre pendente un giudizio nel frattempo fra il proprietario e il possessore (che in caso di condanna sarà tenuto alla restituzione anche della parte acceduta per alluvione). Da questi frammenti si è potuto osservare come sussista una similitudine tra la terra che accede per alluvione al fondo e l'usufrutto che si unisce alla nuda proprietà. L'usufrutto viene quindi considerato come una quota di proprietà, come una *pars rei* o *dominii* ed ecco spiegato perchè in alcuni frammenti vi sia questa qualificazione.

Ben vero è che abbiamo scritto che l'espressione verbale non è mai decisiva e come dietro un'espressione uniforme possono rinvenirsi significati differenti (58), ma abbiamo anche precisato che occorre fare attenzione a non esagerarne il distacco. Gli antichi considerarono l'usufrutto come "*pars domini*", secondo un giudizio economico, giuridico e comunque di opportunità. La proprietà, *rectius*, la "nuda proprietà" rimaneva privata di quella

58) F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales' nel diritto romano classico*, in *RIDA*, 1990, pag. 115.

"parte" sino all' estinzione del diritto di usufrutto, momento in cui riacquistava il suo carattere pieno ed esclusivo.