



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Marta Beghini

**In tema di legato di usufrutto di denaro:
a partire da Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1**

Numero XVI Anno 2023
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

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

Redazione

M. Beghini (Univ. Roma Tre), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

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

Sede della Redazione della rivista:

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

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

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

In tema di legato di usufrutto di denaro: a partire da Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il legato di usufrutto di denaro: contorni della fattispecie – 3. Il peculiare ruolo della *cautio senatusconsulti* – 4. La rappresentazione dei problemi testuali inerenti al passo – 5. La *ratio decidendi* alla base dell’opinione di Sabino: la *cautio* quale *insta causa retinendi* – 6. La prospettiva di Ulpiano: ‘*De usu fructu et usu legato. De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur*’ – 7. Riflessioni di sintesi

1. *Introduzione*

Mettersi alla prova con uno studio esegetico significa, innanzitutto, misurarsi con le incertezze di un testo e, dunque, con le differenti varianti di lettura, le quali indirizzano gli interpreti alla proposta di ricostruzioni, talvolta simili, talvolta opposte, del senso delle parole in esso contenute: ciò ho potuto sperimentare in modo particolarmente stimolante nel confronto con Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1, brano ulpiano in materia di cd. quasi usufrutto¹ – *rectius*, di usufrutto di denaro costituito mediante

¹ Come è noto, l’espressione si può ricondurre ai giustiniani. V. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7.5.2.1: *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*; I. 2.4.2: *Constituatur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus, exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum. quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta. quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguuntur. sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. itaque si pecuniae usus fructus legatus sit, ita datur legatario ut eius fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur.*

legato, come presto dirò –, all'interno del quale sono riportate le opinioni di Sabino e di Celso.

Prima di avanzare nell'analisi della testimonianza prescelta, intendo subito chiarire il percorso che seguirò nel presente contributo.

In primo luogo, rappresenterò lo stato della dottrina con riferimento ai profili più complessi che emergono dal passo, in specie con riguardo al dibattuto problema che concerne il ruolo svolto dalla *cautio senatusconsulti* nell'ambito del cd. quasi usufrutto; in secondo luogo, procederò all'individuazione delle ragionevoli motivazioni a sostegno delle opinioni di Sabino e Celso, da un lato, e di Ulpiano, dall'altro; infine, completerò il ragionamento con alcune considerazioni di sintesi.

A questo proposito, mi sia consentito precisare sin da ora che si tratterà di conclusioni parziali, idonee a tracciare il punto di partenza di

ceterae quoque res ita traduntur legatario ut eius fiant: sed aestimatis his satisfidatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restitatur quanti eae fuerint aestimatae. ergo senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit. In argomento v., in termini generali, G. WESENER, voce 'Usus fructus', in RE, IX.A, Stuttgart, 1961, 1137 ss.; G. PUGLIESE, voce *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 20, Torino, 1975, 316 ss., in specie 320 ss.; N. SCAPINI, voce *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 45, Milano, 1992, 1088 ss., in specie 1099 s. V. inoltre, tra gli altri, M. PAMPLONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, in *BIDR*, 19, 1907, 85 ss.; F. MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, I, Palermo, 1912 (rist. Roma 1964); G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in *BIDR*, 43, 1935, 235 ss. (da quale si effettueranno le citazioni successive), ora in *Scritti storico giuridici*, II. *Diritto privato cose e diritti reali*, Torino, 2001, 147 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto uso-abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, IV.5, diretto da F. Vassalli, Torino, 1954, 577 ss.; A. BISCARDI, *La problematica romana dell'usufrutto in relazione al codice civile. Sommario e testi*, Milano, 1971; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, Milano, 1972, 109 ss.; G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano*, I. *Problemi di datazione*, Padova, 1977; M. SALAZAR REVUELTA, *Sobre el régimen jurídico del usufructo de cosas 'quae usu consumuntur': particular importancia de la 'cautio ex senatus consulto'*, in *SDHI*, 65, 1999, 117 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, in specie 167 ss.; R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, in specie 103 ss., 262 ss. Più di recente, S. LONGO, *Alle radici dell'usufrutto di 'res quae usu consumuntur'*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 477 ss., nonché EAD., *Sul 'legatum ususfructus' di cose 'consumabili': 'cautio senatusconsulti'*, in *Index*, 42, 2014, 261 ss.; R. LA ROSA, *Ricerche sul quasi-usufrutto nel diritto romano*, Torino, 2012.

una ricerca più estesa che svolgerò in merito all'usufrutto, disposto mediante legato, avente per oggetto una somma certa di denaro.

Sono convinta che il testo in questione, insieme a ulteriori frammenti in materia², consenta di ricostruire il regime dell'usufrutto di denaro, il quale, a mio parere, costituisce un paradigma per l'estensione del concetto di usufrutto su *res* cd. consumabili: si tratta di una figura liminare idonea a saggiare la 'tenuta concettuale' dell'idea di *usufructus* con riferimento a tali *res*.

Ma andiamo con ordine.

Si legga il testo:

Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1: *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. Sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti conditione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.*

Per cominciare, occorre tentare di comprendere esattamente i contorni della fattispecie descritta.

Nel passo, Ulpiano rappresenta il caso in cui, legato l'usufrutto di denaro o di altre cose la cui essenza è nel consumarle e non venga prestata la stipulazione di garanzia, occorre verificare se, terminato

² Tra gli altri v. Iul. 35 *dig.* D. 7.5.6: *Si tibi decem milia legata fuerint, mihi eorundem decem milium usus fructus, fient quidem tua tota decem milia: sed mihi quinque numerari debebunt ita, ut tibi caveam tempore mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri. nam et si fundus tibi legatus fuisset et mihi eiusdem fundi usus fructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usu fructu, partem sine usu fructu, et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7.5.2 *pr.*-1: *pr.* *Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus eius pecuniae usus fructus legatus erit.* 1. *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi; Pomp. 5 *ad Sab.* D. 35. 2.69: *Usu fructu bonorum legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est, quoniam post senatus consultum nulla res est, quae non cadit in usus fructus legatum.***

l'usufrutto, si possa esperire l'azione di ripetizione per intimazione avente per oggetto la stessa somma di denaro data o le altre cose *quae in absumptione sunt*. Ma – prosegue il giurista severiano –, se durante l'usufrutto si voglia agire per intimazione per ottenere la stipulazione di garanzia della restituzione, si può dire che è possibile agire con un'azione per intimazione con oggetto indeterminato con la quale chiedere che si presti la stipulazione di garanzia omessa. Ma, una volta terminato l'usufrutto, Sabino reputa che si possa agire in ripetizione per intimazione per la stessa quantità. Anche Celso, nel libro diciottesimo dei *Digesta*, approva questo parere, *quae mihi non inarguta videtur*: così conclude Ulpiano.

Nella sua attuale stesura, la testimonianza pare illustrare le conseguenze riconducibili alla mancata prestazione della *cautio* in ipotesi di usufrutto di denaro o di *aliarum rerum quae in abusu consistunt*³.

³ Nelle fonti la terminologia non è univoca. Sul punto v. in particolare Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.1: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari*; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1-2: 1. *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. Sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti conditione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.* 2. *Quae in usu fructu pecuniae diximus vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt, nam idem continere usum pecuniae et usum fructum et Iulianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus*; Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.11.2: *Item si iuravero usum fructum alicuius rei vel meum esse vel dari mihi oportere, eatenus mihi competit actio, quatenus, si vere usum fructum haberem, duraret: quibus vero casibus amitteretur, non competit mihi actio. Sed si rerum, in quibus usus fructus propter abusum constitui non potest, iuraverit usum fructum se habere vel sibi deberi, effectum iurisiurandi sequendum arbitror ideoque tunc quoque videri eum recte iurasse puto et ex eo iureiurando posse petere usum fructum cautione oblata*; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7.5.7: *Si vini olei frumenti usus fructus legatus erit, proprietates ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intellegemus*; Tit. Ulp. 24.27: *Senatus consulto cautum est, ut, etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini olei tritici, usufructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum usufructus ad legatarium pertinere desierit.* In

In specie, Ulpiano si interroga sulla possibilità di esercitare la *condictio* per la ripetizione di quanto dato.

Già a una prima lettura, il testo – «molto problematico e discusso»⁴ – presenta diversi elementi che rendono non immediata la comprensione dell'effettiva *quaestio* sulla quale il giurista severiano si sofferma.

Innanzitutto, non sembra difficile rendersi conto che tra l'individuazione del problema e la soluzione indicata «vi sia un corpo estraneo, prospettante una deviazione dalla questione proposta»⁵.

Più precisamente, risulta evidente che, all'inizio del frammento, Ulpiano si chiede se, una volta terminato il diritto di usufrutto e, al contempo, non essendo stata prestata la *cautio de restituendo* dal legatario-usufruttuario, l'onere possa agire per ottenere la restituzione del denaro consegnato.

Nella parte centrale del brano, invece, l'attenzione si sposta sulla possibilità di agire attraverso una *condictio cautionis*, ossia sul problema se, in costanza di usufrutto, l'oggetto della *condictio* possa essere costituito dalla *cautio de restituendo* mai prestata contestualmente all'atto di trasferimento del denaro⁶.

Infine, la testimonianza si conclude identificando la risposta al parere offerto nella sua prima parte: Ulpiano afferma la concessione della *condictio* allo scopo di ottenere la restituzione di quanto dato, così concordando con Sabino e Celso.

A tal riguardo, è interessante notare che l'opinione di Sabino, approvata da Celso, è condivisa anche dallo stesso Ulpiano, il quale la reputa *non inarguta*: si tratta di un'espressione che, come messo bene in

argomento v. per tutti G. CRIFÒ, *Due note sulle cose consumabili nel diritto romano*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 117 ss.

⁴ Così M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, in specie 369, nt. 214.

⁵ In questi termini C. SANFILIPPO, *Note esegetiche in tema di usufrutto*, II. *La 'condictio' nel quasi usufrutto*, in *BIDR*, 49-50, 1947, 69 ss., in specie 69. Sulla natura compilatoria dell'inciso contenuto nella parte centrale del passo v. *infra*, § 4.

⁶ Con riferimento al periodo *sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti conditione* la dottrina è pressoché concorde nel riconoscervi un'interpolazione. V. più ampiamente *infra*, § 4.

evidenza da Antonio Saccoccio, «nella sua forma aggettivale costituisce un *unicum* non solo per il Digesto, ma per l'intera letteratura latina»⁷.

In secondo luogo, è d'uopo evidenziare che le parole *videndum an* possiedono un significato complesso, ovverosia, per un verso, dubitativo e, per altro verso, programmatico⁸. Invero, la locuzione richiamata mostra *in primis* che la questione sottesa alla fattispecie esposta non sia del tutto pacifica nella giurisprudenza romana. Allo stesso tempo, in tale formulazione non si rintraccia né la discussione posta alla base dell'opinione di Sabino, né di quella di Ulpiano; entrambe, in ogni caso, ritengono applicabile la *condictio* alla fattispecie in questione.

Ebbene, già quanto sin qui tratteggiato consente di porre in risalto i numerosi problemi connessi all'usufrutto di denaro costituito mediante legato.

Prima di procedere nella lettura del testo e nelle considerazioni da esso ricavabili, è opportuno chiarire i contorni della figura in esame, un «*monstrum*»⁹ che, come già anticipato, viene comunemente riconosciuto come un'ipotesi di quasi usufrutto¹⁰.

2. Il legato di usufrutto di denaro: contorni della fattispecie

In termini generali, è noto che il contenuto dell'*usufructus* – elemento centrale nell'impianto delle *res incorporales* già a partire dalla celebre bipartizione gaiana contenuta in Gai 2.12-14¹¹ – viene elaborato

⁷ Cfr. A. SACCOCCIO, «*Si certum petetur*». Dalla «*condictio*» dei «*veteres*» alle «*condictiones*» giustiniane, Milano, 2002, in specie 190.

⁸ C. SANFILIPPO, *Note*, cit., 70. Come vedremo, proprio l'individuazione della *ratio dubitandi* del testo ha portato a differenti ricostruzioni dottrinali.

⁹ Prendo a prestito l'espressione utilizzata da C. SANFILIPPO, *Note*, cit., in specie 71.

¹⁰ V. *supra*, nt. 1.

¹¹ Gai 2.12-14: 12. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales*. 13. <Corporales> *hae, quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles*. 14. *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae iure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt*

nell'opera dei giureconsulti romani in considerazione delle singole *res*, nonché attraverso le differenti determinazioni in concreto previste delle facoltà dell'usufruttuario. I profili dell'usufrutto testé menzionati emergono prevalentemente da frammenti riconducibili in gran numero ai libri 17 e 18 *ad Sabinum* di Ulpiano, come quello oggetto di analisi in questa sede¹².

La *communis opinio* ritiene che l'usufrutto venga 'inventato' e nel tempo perfezionato nei suoi caratteri fondamentali dai giuristi romani quale «forma giuridica»¹³ idonea a provvedere a una specifica esigenza storica, ossia quella di garantire il fabbisogno alimentare della vedova nel matrimonio *sine manu* mediante una disposizione testamentaria¹⁴.

iura praediorum urbanorum et rusticorum [...] ius altius tollendi aedes (?) et officendi luminibus vicini aedium aut non extollendi, ne luminibus vicini officiat. Item fluminum et stilicidiorum idem ius [...] ius aquae ducendae. haec iura praediorum (?) tam urbanorum quam rusticorum servitutes vocantur. In argomento sia consentito il rinvio a M. BEGHINI, I. ZAMBOTTO, 'Res corporales' e 'res incorporales': radici romane e sviluppi contemporanei di una bipartizione, in *TSDP*, 16, 2023, 1 ss.

¹² Per tutti v. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, 173 ss. Da ultimo v. R. CARDILLI, *Nutzungsrechte ('usu fructus, usus, habitatio')*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, hrsg. von U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek und T. Rübner, Tübingen, 2023, 1235 ss. Sullo sviluppo dell'*uti frui* non nella dimensione della proprietà o del diritto di credito, bensì nell'alveo della categoria degli *iura in re aliena* v., di recente, R. LA ROSA, *Ricerche*, cit., 46 ss. Tale figura, come oltremodo noto, viene definita da Paolo nel celebre passo contenuto in Paul. 3 *ad Vit.* D. 7.1.1: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, e, in seguito, anche in I. 2.4 pr.: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. est enim ius in corpore: quo sublato et ipsum tolli necesse est.* La definizione è stata tramandata tralazizamente sino ai nostri giorni. Con riferimento al diritto italiano dell'oggi v. l'art. 981 cod. civ.: l'usufruttuario ha diritto di godere della cosa, ma deve rispettarne la destinazione economica; la disposizione è sostanzialmente identica alla formulazione dell'art. 477 del Codice civile del 1865 che così recitava: l'usufrutto è il diritto di godere delle cose, di cui altri ha la proprietà, nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma coll'obbligo di conservarne la sostanza tanto nella materia quanto nella forma.

¹³ Così G. PUGLIESE, voce *Usufrutto*, cit., 316, nonché N. SCAPINI, voce *Usufrutto*, cit., 1089.

¹⁴ V., tra gli altri, S. PIETRINI, 'Deducto usu fructo'. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto, Milano, 2008. In argomento v. anche F. ZUCCOTTI, *Recensione* a S. PIETRINI, 'Deducto usu fructo', cit., in *RDR*, 8, 2008, 15 ss.

Vi è poi chi ha sostenuto la necessità di andare oltre questa spiegazione, collocando tale istituto in un più articolato contesto di vita quotidiana. Secondo Ferdinando Zuccotti, l'esigenza complessiva perseguita attraverso l'introduzione dell'usufrutto non integrerebbe «un mero problema di mantenimento materiale, ma semmai la necessità di 'giustificare' dal punto di vista giuridico quel permanere della vedova nella casa familiare, nel caso insieme ai figli, anche dopo la morte del *paterfamilias*»¹⁵.

Si tratta, in ogni caso, di un *ius in re aliena* che nasce come un *uti frui*, ossia un'attribuzione di generale godimento della *res* secondo la sua destinazione, la quale rinviene nel legato il modo prevalente di costituzione¹⁶.

Quest'ultima considerazione sarà ripresa nelle riflessioni finali; invero, sono convinta che la connessione che l'usufrutto evidenzia con le disposizioni di ultima volontà, in specie con il legato, costituisca una chiave di lettura su cui riflettere per ricostruire il modo in cui tale figura giuridica, nella sua struttura originaria di diritto reale, si è sviluppata anche sulle *earum rerum quae usu consumuntur*.

In connessione con l'*ususfructus*, la giurisprudenza romana elabora l'usufrutto di *res quae usu consumuntur*, il quale, in estrema sintesi, soccorre all'esigenza – che trova con il tempo diffusa applicazione nella prassi – di consentire la predisposizione di lasciti *mortis causa* aventi per oggetto l'usufrutto dell'intero patrimonio ereditario (ma non la proprietà di quest'ultimo, per evitare di incidere sulle aspettative ereditarie dei figli).

In tale contesto, appare evidente come possano venire in rilievo anche eventuali *res cd. consumabiles* – tra cui, va da sé, il denaro¹⁷ –

¹⁵ Così F. ZUCCOTTI, *Recensione*, cit., in specie 18.

¹⁶ In argomento v., in particolare, P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II. *Parte speciale. Successione 'ab intestato', successione testamentaria*², Milano, 1963, in specie 311 ss. In tema di legato fondamentali sono ancora i contributi di C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, 50 ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900, 43 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*², Torino, 1962, 69 ss.

¹⁷ Con riferimento alla qualifica delle *res cd. consumabiles* le fonti riportano differenti diciture: Ulp. 28 *ad ed. D.* 13.6.3.6: *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad*

considerate *ab origine* inidonee in quanto tali a costituire oggetto di *ususfructus* dato il limite posto dalla necessità di conservare la *substantia* della *res*¹⁸.

La possibilità giuridica di porre in essere un siffatto legato costituito su *res* cd. consumabili è riconosciuta da un senatoconsulto non identificabile, di data e contenuto incerti¹⁹, precipuamente introdotto allo scopo di disciplinare i lasciti in usufrutto *omnium bonorum* del testatore²⁰.

pompam vel ostentationem quis accipiat; Ulp. 18 ad Sab. D. 7.5.1: Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari; Gai. 7 ad ed. prov. D. 7.5.7: Si vini olei frumenti usus fructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intellegemus; Ulp. 22 ad ed. D. 12.2.11.2: Item si iuravero usum fructum alicuius rei vel meum esse vel dari mihi oportere, eatenus mihi competit actio, quatenus, si vere usum fructum haberem, duraret: quibus vero casibus amitteretur, non competit mihi actio. Sed si rerum, in quibus usus fructus propter abusum constitui non potest, iuraverit usum fructum se habere vel sibi deberi, effectum iurisiurandi sequendum arbitror ideoque tunc videri eum recte iurasse puto et ex eo iurando posse petere usum fructum cautione oblata; Ulp. 18 ad Sab. D. 7.5.5.1-2: 1. Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. Sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest ommissam cautionem posse condici incerti conditione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur. 2. Quae in usu fructu pecuniae diximus vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt, nam idem continere usum pecuniae et usum fructum et Iulianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus; Tit. Ulp. 24.27: Senatus consulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici, ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desiderit.

¹⁸ V. *supra*, nt. 12.

¹⁹ Il senatoconsulto in oggetto, secondo la dottrina dominante, è presumibilmente collocabile nella prima età imperiale. In argomento v. S. LONGO, *Alle radici*, cit., 479, nt. 4 e la bibliografia ivi citata. Con specifico riferimento all'attività del Senato v. F. ARCARIA, 'Senatus censui?'. *Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, 1992, 140 ss.

²⁰ Si rinvengono plurime diciture: *legatum usus fructus bonorum; legatum usus (et) fructus omnium bonorum; legatum usus fructus universarum bonorum*. Cfr. Ulp. 18 ad Sab. D. 7.1.29: *Omnium bonorum usum fructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus libro*

Più in dettaglio, la statuizione del senatoconsulto stabilisce che ogni *res* rientrante nel patrimonio del testatore può essere legata in usufrutto; pertanto, tale provvedimento autoritativo permette di riconoscere come validi ed efficaci anche i legati d'usufrutto di *res quae usu consumuntur*, così anche quelli aventi per oggetto il denaro.

Per giungere a tale risultato, il senatoconsulto fa obbligo al legatario di prestare una *cautio* mediante la quale promettere che, una volta estinto l'usufrutto, egli stesso o molto più probabilmente i suoi eredi avrebbero restituito all'erede del testatore un'altrettanta quantità di beni di quelli ricevuti (il *tantundem*)²¹.

Con specifico riferimento al denaro, il limite a costituire oggetto di usufrutto sembra porsi se si osserva la costruzione giuridica di quest'ultimo, stante il limite di mantenimento della *substantia rerum*²².

trigensimo secundo digestorum et Iulianus libro sexagensimo primo scribit: et est verius; Cic. pro Caec. 4.11: Huic Caesenniae fundum in agro Tarquiniensi vendidit temporibus illis difficillimis solutionis. Cum uteretur uxoris dote numerata, quo mulieri res esset cautior curavit ut in eo fundo dos collocaretur. Aliquanto post iam argentaria dissoluta Fulcinius huic fundo uxoris continentia quaedam praedia atque adiuncta mercatur. Moritur Fulcinius – multa enim, quae sunt in re, quia remota sunt a causa, praetermittam – testamento facit heredem quem habebat e Caesennia filium; usum et fructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat ut frueretur una cum filio; Iul. 35 dig. D. 7.1.34.2: Universorum bonorum an singularum rerum usus fructus legetur, hactenus interesse puto, quod, si aedes incensae fuerint, usus fructus specialiter aedium legatus peti non potest, bonorum autem usu fructu legato areae usus fructus peti poterit: quoniam qui bonorum suorum usum fructum legat, non solum eorum, quae in specie sunt, sed et substantiae omnis usum fructum legare videtur: in substantia autem bonorum etiam area est.

²¹ Gai. 7 ad ed. prov. D. 7.5.7; Ulp. 79 ad ed. D. 7.9.7.1.

²² Le fonti che prendono in considerazione il problema sono: Paul. 3 ad Vit. D. 7.1.1: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*; Gai. 7 ad ed. prov. D. 7.5.2.1: *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*; Gai. 7 ad ed. prov. D. 7.5.7; Paul. 1 Ner. D. 7.5.9: *In stipulatione de reddendo usu fructu pecuniae duo soli casus interponuntur, mortis et capitis deminutionis*; Ulp. 18 ad Sab. D. 7.5.11: *Si lanae alicui legatus sit usus fructus vel odorum vel aromatum, nullus videtur usus fructus in istis iure constitutus, sed ad senatus consultum erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur*; Paul. 3 ad Sab. D. 33.2.1: *Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus [aquaeductus] legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit. Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem praestet aut ea*

Diversamente, volgendo lo sguardo allo scopo e al contenuto economico della figura giuridica in parola, il problema sembra venire meno: invero, prendendo a prestito le parole autorevoli di Giuseppe Grosso, «la fungibilità, per l'identità del *tantundem*, nel danaro e nella cose di quantità, rendeva possibile il concetto economico del godimento e della restituzione»²³.

Ebbene, sono convinta che sia la prospettiva relativa al concetto economico di usufrutto, sia quella legata all'ambito *mortis causa* nel quale quest'ultimo trova origine meriterebbero di essere ulteriormente esplorate, allo scopo di ricostruire il peculiare regime dell'usufrutto di denaro costituito mediante legato.

Riprendendo nuovamente Grosso, la realtà è, infatti, «lo sviluppo storico di schemi giuridici in continuo dialogo colla realtà economica ed empirica che il diritto sussume, plasmandola, a sua volta plasmato: ed è questa ricchezza storica che offre una buona palestra per la formazione dei giuristi. L'usufrutto in questo senso è uno degli esempi paradigmatici»²⁴.

3. Il peculiare ruolo della *'cautio senatusconsulti'*

Nel meccanismo operativo del cd. quasi usufrutto la *cautio senatusconsulti* assume, come accennato, un ruolo fondamentale²⁵.

servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restitatur; I. 2.4.2, nella sua parte finale; Tit. Ulp. 24.27; Vat. frag. 46: Actio de usu fructu iddem modis perit, quibus ipse usus fructus, praeterquam non utendo. Pecuniae quoque usus fructus legatus per annum non utendo non perit, quia nec usus fructus est et pecuniae dominium fructuarii, non heredis est.

²³ G. GROSSO, *Usufrutto*², cit., 411.

²⁴ G. GROSSO, *Recensione* a M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, in *SDHI*, 29, 1963, 343 ss., in specie 350.

²⁵ Si tratterebbe, in sintesi, di quello «strumento scelto dal senatoconsulto», così G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, cit., 261; ovvero di una «soluzione ispirata al buon senso ed attenta alla situazione concreta, in tutto e per tutto rispondente al genio giuridico romano», in questi termini F. GALLO, *Recensione* a G. CRIFÒ, *Studi*, cit., in *Iura*, 28, 1977, 236 s., in specie 237; ancora, di quella «sorta di espediente perché quella disposizione

In specie, la prestazione della *cautio de restituendo*, quale rimedio individuato allo scopo di salvare dall'inefficacia i lasciti testamentari aventi per oggetto *res* cd. consumabili, è stata interpretata dalla dottrina in modi differenti.

Per un verso, vi è chi la qualifica come una 'condizione sospensiva' apposta alla *traditio*.

Per meglio dire, secondo questa parte della dottrina, tale *cautio senatusconsulti*, in quanto condizione sospensiva dell'acquisto in proprietà del lascito *mortis causa* compiuto mediante *traditio* della *res*, avrebbe dovuto cronologicamente precedere quest'ultima²⁶.

Per altro verso, vi è chi, invece, pone tale *cautio senatusconsulti* sullo stesso piano della *traditio*.

Invero, «come la *traditio* delle *res legatae* assicurava al legatario la disponibilità delle stesse, allo stesso modo la *cautio* assicurava all'erede il diritto al conseguimento di un'altrettanta quantità di *res* della stessa qualità di quelle *traditae*; senza di essa, come non si era potuto costituire l'usufrutto, così non sorgeva neppure il cd. quasi *usufructus* ... per mancanza di un elemento 'essenziale' prescritto dal senatoconsulto»²⁷.

Queste diverse opzioni interpretative comportano una duplice lettura della fattispecie sostanziale individuata dal cd. quasi usufrutto.

Vi è chi ritiene che, nonostante le variazioni strutturali del legato in parola rispetto alla 'matrice' del *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, sia possibile in ogni caso richiamare la figura dell'usufrutto; le variazioni menzionate altro non sarebbero che modifiche di regime, imposte dalle caratteristiche strutturali del particolare lascito *mortis causa*²⁸.

Diversamente, altra parte della dottrina reputa che, proprio per la singolare funzione rivestita dalla *cautio senatusconsulti*, non sarebbe più

di ultima volontà, fino ad allora del tutto *inutilis* [...], potesse considerarsi validamente costituita» secondo S. LONGO, *Sul 'legatum'*, cit., 287.

²⁶ Sul punto v. C. SANFILIPPO, *Note*, cit., 73; R. SANTORO, *Studi*, cit., 204 ss.; più di recente R. LA ROSA, *Ricerche*, cit., 42.

²⁷ Così S. LONGO, *Sul 'legatum'*, cit., 290.

²⁸ V. R. LA ROSA, *Ricerche*, cit., 12 ss. Sul punto diversa è la prospettiva seguita da M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, 343 ss.

possibile parlare di usufrutto, ma si renderebbe necessario riconoscere la sussistenza di un nuovo rapporto giuridico²⁹.

Tutto ciò posto, in questa sede mi basta tentare di mettere in chiaro il rapporto tra il trasferimento del denaro oggetto del legato di usufrutto, da un lato, e la *cautio senatusconsulti*, dall'altro, allo scopo, altresì, di provare a definire la possibile *ratio decidendi* che avrebbe condotto i giuristi citati a ritenere concedibile lo strumento processuale della *condictio* nel caso di mancata prestazione della medesima *cautio*.

4. La rappresentazione dei problemi testuali inerenti al passo

Come anticipato, numerosi e di varia natura sono i problemi che il brano contenuto in Ulp. 18 *ad Sab. D.* 7.5.5.1 pone. Ritengo ora opportuno concentrare l'attenzione sulle questioni strettamente connesse alla ricostruzione testuale del passo ulpiano, allo scopo di rivisitarlo alla luce delle varie diagnosi che, anche di recente, sono state prospettate in dottrina.

Innanzitutto, vi è chi ha ritenuto interpolata l'espressione *vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt*, nonché quella successiva *vel ceterae res, quae in absumptione sunt*³⁰.

In specie, Giuliano Crifò – riprendendo la tesi prospettata da Gradenwitz, successivamente accolta da Lenel e confermata da Pamploni³¹ – ritiene che l'influenza delle interpolazioni segnalate da

²⁹ Di recente questa tesi è fatta propria da S. LONGO, *Sul 'legatum'*, cit., 261 ss.

³⁰ Cfr. *Ind. Int. E Suppl. ad ll.*; v. inoltre F. STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, 108 ss.

³¹ O. GRADENWITZ, *Interpolationen in der Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, 27 s.; ID., *Interpolazioni e interpretazioni*, in *BIDR*, 2, 1889, 5, secondo il quale «i compilatori hanno aggiunto *vel ceterarum rerum e vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, vel ceterae res, quae in absumptione sunt*, per adattare il testo a ogni cosa consumabile. La mano dei compilatori si rileva chiaramente nel § 1 sia perché vediamo aggiunto *vel ceterarum ... abusu* in un falso luogo, sia ancor più, per la conclusione di Ulpiano, '*nam idem ... stipulationibus*', dove i compilatori dimenticarono addirittura di rinnovare *vel ecc.*». O. LENEL, '*Palingenesia iuris civilis*', II, Leipzig, 1889, col. 1075, nr. 2591, ntt. 1-3; M. PAMPLONI, *Sull'oggetto*, cit., 99, nt. 51. V. inoltre F. TRAMPEDACH, *Die 'condictio incerti'*, in *ZSS*, 17, 1896, 141; H.H. PLÜGER, *Über die 'condictio incerti'*, in *ZSS*, 18, 1897, 77; A.

Gradenwitz abbia «potuto costituire argomento per affermare le più violente rielaborazioni»³² del frammento.

Viceversa, la dottrina che, più di recente, è tornata a riflettere sulla portata di quest'ultimo ritiene che vi siano ragioni significative che giustificano l'eliminazione dell'inciso in esame³³.

A mio modo di vedere, la specifica questione sottoposta all'attenzione di Ulpiano che, come già chiarito, si richiama anche a Sabino e Celso, concerne specificamente il legato di *usus fructus pecuniae*. Reputo che il legato di usufrutto di denaro costituisca il modello di ragionamento utilizzato dalla giurisprudenza romana per estendere la disciplina dell'usufrutto all'ipotesi di una *res cd. consumabile*.

In tale processo di estensione, ritengo che la provenienza *mortis causa*, insieme alla *res* volta per volta in rilievo, sia determinante nell'individuazione del regime di tale figura.

Proseguendo nella lettura del frammento, solamente la dottrina più antica si mostra diffidente nei confronti dell'espressione *nec cautio interveniat*³⁴.

Diversamente, gli studiosi che più di recente si sono occupati del testo escludono all'unanimità ogni dubbio di genuinità³⁵. Si tratta, a ben guardare, del presupposto che giustifica l'intervento giurisprudenziale e, dunque, l'insieme di opinioni che in esso si trovano esposte.

PERNICE, 'Labeo'. *Römische Privatrecht im ersten Jabrunderte der Kaiserzeit*, II.1, Halle, 1900 (rist. Aalen, 1963), 104, nt. 3; R. DE RUGGIERO, *Sulla 'cautio usufructuaria'*, in *Studi in onore di V. Scialoja nel XXV del suo insegnamento*, I, Milano, 1905, 71 ss., in specie 85. Più di recente, G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, cit., 276; C. SANFILIPPO, *Note*, cit., 69; E. VOLTERRA, voce 'Senatus Consulta', in *Noviss. dig. it.*, 16, Torino, 1969, in specie 1064, nt. 71; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, in *AUPA*, 32, 1971, 180 ss., in specie 192; P. VOICI, 'Condictiones' e possesso, in *SDHI*, 71, 2005, 18, ora in *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, 362.

³² G. CRIFÒ, *Due note sulle cose consumabili nel diritto romano*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 117 ss., in specie 126.

³³ A. SACCOCCIO, 'Si certum', cit., 182, nt. 28; S. LONGO, *Alle radici*, cit., in specie 506 ss.; EAD., *Sul 'legatum'*, cit., in specie 294, nt. 88; R. LA ROSA, *Ricerche*, cit., 46 s.

³⁴ Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 28.

³⁵ Cfr. G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, cit., 276; C. SANFILIPPO, *Note*, cit., 69, 79; R. SANTORO, *Studi*, cit., 192 s. e nt. 4; S. LONGO, *Sul 'legatum'*, cit., 294.

In terzo luogo, la letteratura pressoché dominante si mostra sospettosa anche nei confronti della locuzione *finito usu fructu*³⁶.

In specie, Sara Longo – condividendo la soluzione interpretativa prospettata da Grosso³⁷ – ritiene molto probabile «l'ipotesi che in D. 7.5.5.1 le parole *finito usu fructu* (a ben vedere ripetute due volte nella formulazione del passo) siano frutto di un intervento giustiniano, indizio della profonda trasformazione subita dalla funzione della *cautio senatusconsulti*, la quale resta sì sanzione fondamentale tale che il testatore non può farne remissione e chi non l'ha ottenuta la può adesso *condicere* (*condictio cautionis*), ma il rapporto – così come accade nell'usufrutto – si costituisce ugualmente e ha termine anche senza di essa; una volta estintosi, poi, qualora non fosse intervenuta al tempo la *cautio*, si può *condicere* la pecunia ... Invece, nella redazione originaria della testimonianza ulpiana, in caso di mancato ricorso alla *cautio senatusconsulti* Sabino (e con lui Celso e Ulpiano) avrebbe accordato all'erede la *condictio* immediata per la ripetizione della somma data»³⁸.

Per contro, sulla base della considerazione già svolta secondo la quale la *quaestio* sottesa al caso riguarderebbe, a mio avviso, quella del solo legato di usufrutto di denaro (e, dunque, non delle altre *res cd.* consumabili), si potrebbe superare la tesi che vede tale inciso come il frutto di un intervento compilatorio e affermare che esso potrebbe costituire un indizio di quanto testé chiarito, ovvero sia del fatto che il brano affronti proprio un caso di applicazione del legato suddetto, nel quale, come testimoniato da numerose fonti, l'obbligo restitutorio del

³⁶ V., tra gli altri, G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*², in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, IV, Torino, 1972, 648, nt. 7; M. SALAZAR REVUELTA, *Sobre el régimen*, cit., in specie 136. Più di recente R. LA ROSA, *Ricerche*, cit., in specie 48, secondo il quale «l'espressione *finito usu fructu* è sicuramente interpolata».

³⁷ Cfr. G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, cit., 276 s. V., inoltre, ID., *Usufrutto*², cit., 427 ss., nonché la recente riedizione di ID., *Corso di diritto romano. Le cose. Con una "nota di lettura" di Filippo Gallo*, in *RDI*, 1, 2001, in specie 78 ss.

³⁸ S. LONGO, *Alle radici*, cit., 510 s., nonché EAD., *Alle radici dell'usufrutto*, cit., 506 ss., 510 ss. Inoltre, tra gli altri, C. SAFILIPPO, *Note*, cit., 76 ss.; R. SANTORO, *Studi*, cit., 199 ss.; più di recente, A. SACCOCCIO, *'Si certum'*, cit., 188 s. e ntt. 40, 43, 44 e 45.

tantundem può essere fatto valere soltanto al momento della morte o di *capitis deminutio* del legatario³⁹.

Infine, per quanto concerne la parte centrale del testo, la dottrina è per lo più concorde nel riconoscere la natura compilatoria di quanto affermato in materia di *condictio cautionis*.

Come già anticipato, infatti, si tratta dell'affermazione della possibilità per l'erede di agire, mediante una *condictio cautionis*, allo scopo di ottenere la prestazione della *cautio* non prestata dal legatario; dunque, non sembra difficile scorgere in essa una prospettiva estranea al pensiero classico⁴⁰.

In ogni caso, l'interpretazione dell'inciso in questione non influenza il tentativo di ricostruzione con riguardo alla *quaestio* principale del frammento, attinente alla concessione a favore dell'erede della *condictio* contro il legatario, *rectius*, l'erede di quest'ultimo, il quale, una volta

³⁹ Iul. 35 dig. D. 7.5.6: *Si tibi decem milia legata fuerint, mihi eorundem decem milium usus fructus, fient quidem tua tota decem milia: sed mihi quinque numerari debebunt ita, ut tibi caveam tempore mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri. nam et si fundus tibi legatus fuisset et mihi eiusdem fundi usus fructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usu fructu, partem sine usu fructu, et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitrato*; Paul. 1 Ner. D. 7.5.9: *In stipulatione de reddendo usu fructu pecuniae duo soli casus interponuntur, mortis et capitis deminutionis*; Ulp. 79 ad ed. D. 7.5.10: *quoniam pecuniae usus aliter amitti non potest quam his casibus*; Ulp. 79 ad ed. D. 7.9.7.1: *Cum usus fructus pecuniae legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione: 'cum morieris aut capite minueris, dari': idcirco hi duo soli casus, quoniam pecuniae usus aliter amitti non potest quam his casibus*.

⁴⁰ V. O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 27 s.; ID., *Interpolazioni*, cit., 5; G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, cit., 276; ID., *Usufrutto*², cit., 279 ss., 427 s.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in *Iura*, 36, 1985, 14 ss., in specie 62, nt. 116; C. SANFILIPPO, *Note*, cit., 69; M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA*, 28, 1961, in specie 143; ID., *Istituzioni*³, cit., 369, nt. 214; M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto, I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, in specie 113, nt. 75; R. SANTORO, *Studi*, cit., 15 ss., 20, nt. 13. Più di recente e ampiamente A. SACCOCCIO, *'Si certum'*, cit., 183 ss., 187 e 599. In senso contrario, dunque per una sostanziale genuinità del testo v. G. CRIFÒ, *Studi*, cit., 125; R. LA ROSA, *Ricerche*, cit., 57 s., 136, 151, che difende la genuinità del riferimento alla *condictio cautionis* (anche in Ulp. 79 ad ed. D. 7.9.7 pr.), riprendendo anche il pensiero di A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti e discipline*⁴, Milano, 2019, in specie 704. Da ultimo, S. LONGO, *Sul 'legatum'*, cit., 295 e nt. 94.

ottenuto il denaro oggetto del lascito testamentario e, nel frattempo, terminato l'usufrutto, non abbia prestato la *cautio de restituendo*.

5. *La 'ratio decidendi' alla base dell'opinione di Sabino: la 'cautio' quale 'iusta causa retinendi'?*

Il passo contenuto in Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1 – che, stando a Lenel, dovrebbe collegarsi a Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.9.12⁴¹ e a Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6⁴² – è stato studiato sia da parte della dottrina che si è dedicata al tema del cd. quasi usufrutto⁴³, sia da coloro i quali si sono cimentati nell'approfondimento della *condictio*⁴⁴.

Da un punto di vista palinogenetico, si può affermare che Sabino, nell'affrontare la questione, abbia in mente tanto la prospettiva del diritto reale, quanto quella della *condictio*.

Rimanendo nel solco delle nostre riflessioni, la concessione della *condictio* da parte di Sabino potrebbe spiegarsi, in accordo con quanto già sostenuto da Saccoccio, a mente dell'idea che il denaro consegnato al legatario-usufruttuario, in caso di mancata prestazione della *cautio*, si

⁴¹ Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.9.12: *Si vasorum ipsorum usus fructus relictus sit, non erit cautio senatus consulti necessaria, sed illa sola 'boni viri arbitratu usurum fruiurum'. si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri eius qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. videndum est de condictione, an possit locum habere: et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.*

⁴² Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6: *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

⁴³ V. *supra*, nt. 1.

⁴⁴ Per una rassegna v. di recente A. SACCOCCIO, 'Si certum', cit., in specie 180 ss., 193 ss. In argomento, tra gli altri, v. B. KUPISCH, voce *Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 1, Torino, 1987, 423 ss.; L. PELLECCHI, *L'azione di ripetizione e le qualificazioni del 'dare' in Paul. 17 'ad Plaut'. D. 12.6.65. Contributo allo studio della 'condictio'*, in *SDHI*, 64, 1998, 67 ss.; M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*. *Alle origini della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008; B. CORTESE, 'Quod sine causa apud aliquem est potest condici?', Napoli, 2013, 7 ss.

trovi ingiustificatamente presso di lui, ossia in mancanza di una *iusta causa retinendi* nel suo patrimonio⁴⁵.

In altre parole, senza dubitare che si tratti di una vera e propria *condictio*⁴⁶, la motivazione posta alla base della tesi sabiniana a favore dell'applicabilità di tale rimedio processuale si potrebbe rinvenire nell'assenza di *causa*, dato che, in difetto di *cautio*, il rapporto di (quasi) usufrutto non sarebbe mai venuto a compimento.

Come è stato evidenziato dalla dottrina interessata a mettere in chiaro le funzioni della *condictio*, il parere positivo di Sabino alla concessione di quest'ultima troverebbe fondamento nella regola – mutuata dai *veteres* a partire da Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6 – secondo la quale nell'ipotesi di un'obbligazione avente per oggetto un *certum*, «da semplice presenza presso l'obbligato (*apud aliquem*) di una cosa dell'attore permetteva a questi di esperire la *condictio*, senza la necessità di ricercare sempre il ricorrere di una *datio* o la presenza accanto a questa di una dichiarazione di volontà che fondasse l'obbligo di restituzione»⁴⁷.

6. *La prospettiva di Ulpiano: 'De usu fructu et usu legato. De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur'*

La ricostruzione palinogenetica del brano, diversamente da quanto chiarito con riferimento alla posizione di Sabino, consente di evidenziare che sia Ulpiano nei suoi libri *ad edictum*, sia Celso nel XVIII libro dei *Digesta* si stanno occupando della tematica dei legati, in particolare del legato di usufrutto⁴⁸.

La formulazione del frammento dimostra innanzitutto che Ulpiano, nell'interrogarsi sulle modalità di ripetizione della somma di denaro concessa in usufrutto, si avvale del parere di Sabino. È infatti in questa

⁴⁵ V. A. SACCOCCIO, '*Si certum*', cit., 190.

⁴⁶ V. R. SANTORO, *Studi*, cit., 202 ss.; A. SACCOCCIO, '*Si certum*', cit., 191 s.

⁴⁷ Così A. SACCOCCIO, '*Si certum*', cit., 178.

⁴⁸ O. LENEL, '*Palinogenesi*', II, cit., cc. 1070 e 1074; ID., '*Palinogenesi iuris civilis*', I, Leipzig, 1889, n. 52 c. 151.

prospettiva che il giurista severiano ritiene *non inarguta* l'opinione di quest'ultimo.

Tuttavia, rispetto a tale parere, sembra non condividerne la motivazione.

Quanto sopra ho precisato con riferimento alla valenza dell'inciso *videndum an* – il quale rende manifesta una discussione nella giurisprudenza romana inerente alla questione centrale del passo – prende ora corpo nell'atteggiamento dubitativo di Ulpiano, non tanto con riguardo alla soluzione individuata da Sabino, quanto piuttosto con riferimento al percorso logico-argomentativo seguito da quest'ultimo.

In altre parole, anche Ulpiano si mostra favorevole rispetto alla concessione della *condictio* nell'ipotesi in cui l'usufruttuario si trovi nella disponibilità del denaro senza aver prestato la *cautio senatusconsulti*; ciò è confermato nell'inciso finale della testimonianza.

Nondimeno, egli sembra non accogliere del tutto i termini del percorso che ha condotto già la prima scuola sabiniana a tale concessione per la fattispecie descritta.

Con riferimento alla differente motivazione posta a fondamento dell'opinione di Ulpiano, vi è chi ha richiamato il collegamento con l'opinione dei *veteres*. Per meglio dire, il distacco di Ulpiano rispetto al punto di vista di Sabino (e Celso) risiederebbe proprio nella mancata condivisione da parte del primo del rinvio all'*opinio veterum* circa la concedibilità della *condictio* al caso di specie operato dai secondi⁴⁹.

Ebbene – come anticipato –, l'angolo prospettico dal quale il giurista severiano guarda alla fattispecie considerata concerne il legato di usufrutto. Egli, dunque, sembrerebbe pensare alle conseguenze derivanti dall'inesistenza del rapporto giuridico di cd. quasi usufrutto costituito *mortis causa* per difetto di un suo presupposto.

⁴⁹ Allo stesso modo si potrebbe arrivare ad affermare, come già sostenuto da A. SACCOCCIO, '*Si certum*', cit., 195, che «dal mancato accoglimento dell'*opinio veterum* da parte dei giustinianeî, invece, è possibile derivi, come visto, un vero e proprio stravolgimento del passo, con la scissione della *condictio* in due distinte ipotesi (in costanza e al termine di esso), ed il conio della *condictio cautionis*, coerente con la *condictio indebiti*, pure di creazione giustiniana».

La cancellazione da parte dei compilatori dei termini della discussione porta a un'alterazione notevole dei contenuti del passo. Questo ci impedisce di affermare con certezza i termini effettivi della *ratio dubitandi* nel pensiero di Ulpiano.

Muovendoci dunque sul terreno delle congetture, ritengo possibile affermare che lo scostamento di Ulpiano dalla – plausibile – motivazione dell'opinione sabiniana sia riferibile al diverso modo di intendere il legato di usufrutto.

Per meglio dire, l'atteggiamento cauto e riflessivo di Ulpiano rispetto alla tesi sabiniana potrebbe essere spia della diversa prospettiva dalla quale egli – illustre esponente della giurisprudenza severiana – guarda al legato di usufrutto, nonché all'obbligo di restituzione dell'equivalente. Dubbi, infatti, egli non manifesta con riferimento alla scelta della *condictio*, quale strumento processuale idoneo al caso di specie.

Invero, come in precedenza chiarito, tale figura comporta che l'attribuzione della proprietà sulle *res* ricevute a titolo di legato sia subordinata al compimento, da parte del beneficiario del lascito e in favore dell'erede, di una promessa formale assunta *per cautionem*.

Ciò determina, da un lato, che il legatario diventi, al pari di qualunque usufruttuario, *dominus* della *pecunia* ricevuta, dall'altro, che l'erede divenga nudo proprietario, riacquistando la disponibilità della *res* soltanto in un secondo tempo, mediante l'adempimento della *cautio*, ossia con l'acquisto in proprietà del *tantundem*.

Sarebbe solo a partire dai giuristi di epoca severiana che il legato di usufrutto, nel meccanismo operativo testé descritto, incomincia a essere attratto entro i confini concettuali della proprietà temporanea, per cui la restituzione del denaro altro non sarebbe che un trasferimento della stessa proprietà in senso opposto.

Tale configurazione si cristallizzerebbe nella giurisprudenza più tarda, sino ad arrivare, con Giustiniano, all'affermazione della distinzione tra *usufructus* quale *ius in re aliena* e *dominium*⁵⁰, nonché all'utilizzo dell'espressione 'quasi usufrutto' per le *res* cd. consumabili⁵¹.

⁵⁰ V. C. 6.60.1 pr.; CTh. 8.18.1.1.

⁵¹ V. Tit. Ulp. 24.27; I. 2.4.2.

7. Riflessioni di sintesi

Nel solco delle riflessioni svolte sin qui, il ruolo della *cautio senatusconsulti* nella concezione del legato di usufrutto avente per oggetto una certa somma di denaro costituisce, per così dire, l'ago della bilancia tra la tesi – più tralatizia – che valorizza la similitudine con l'usufrutto quale *ius in re aliena* e quella – più recente – secondo la quale non sarebbe più possibile parlare di usufrutto, ma sarebbe necessario evidenziare la presenza di un rapporto giuridico a sé, del tutto nuovo, di natura mista, composto da un elemento di natura reale (il *dominium* del denaro) e uno di natura obbligatoria (il debito del *tantundem*)⁵².

Nel confronto tra queste due letture, reputo che l'approfondimento della testimonianza ulpiana, proprio con riferimento al diverso atteggiamento che Ulpiano mostra rispetto a Sabino relativamente alla concessione della *condictio* formulare, consenta di valorizzare due aspetti.

In primo luogo, Ulpiano (e anche Celso in forza di quel *qual sententiam et Celsus probat*) pone l'accento sulla provenienza *mortis causa* dell'attribuzione patrimoniale a favore dell'usufruttuario di denaro. La prospettiva dalla quale egli guarda alla fattispecie è infatti quella del legato.

Tale provenienza credo costituisca la chiave di lettura entro la quale tornare a indagare il funzionamento di tale disposizione.

A mio parere, infatti, la provenienza testamentaria integrerebbe il profilo determinate idoneo a plasmare l'intero regime di tale attribuzione.

In termini più espliciti, a me pare che alla base delle riflessioni condotte dalla dottrina in argomento si evidenzi un certo andamento volto a non tenere in debita considerazione un presupposto fondamentale della figura in esame: mi riferisco, appunto, al fatto che si tratti di una disposizione di ultima volontà, nella quale la *traditio* delle *res*

⁵² V. *supra*, § 3.

legatae e la *cautio senatusconsulti* si configurano quali atti negoziali tra di loro collegati proprio dalla *causa legati*⁵³.

Solamente ragionando così il lascito in usufrutto risulterebbe l'esito del bilanciamento dei divergenti interessi del legatario, dell'erede, nonché, del testatore⁵⁴.

In secondo luogo, la posizione di Ulpiano ricopre, a mio modo di vedere, un ruolo fondamentale all'interno del più ampio percorso che ha portato la giurisprudenza, intorno agli inizi del principato, ad ammettere e regolare l'usufrutto delle cose consumabili e fungibili.

Per meglio dire, sono convinta che la figura dell'usufrutto di *res* cd. consumabili non possa racchiudersi all'interno della contrapposizione concettuale tra usufrutto nei termini di diritto reale o rapporto giuridico 'nuovo', escludente quest'ultimo.

Piuttosto, nella piena prospettiva di un diritto a formazione casistica, ossia determinato nei suoi contenuti dalla soluzione di casi concreti, ritengo possano vedersi coesistere e integrarsi diversi modi di guardare alla figura in esame, la quale, originariamente configurata entro lo schema del *ius in re aliena*, arriva poi da questo a distanziarsi.

In definitiva, sulla base dei profili problematici che ho tentato di tratteggiare, credo che il legato di usufrutto di denaro rappresenti un tema sul quale valga la pena comunque tornare a riflettere, non solo per ricostruire il regime di tale disposizione patrimoniale, ma anche, in una prospettiva più generale, allo scopo di chiarire il contenuto dell'obbligazione di restituzione di un *certum* – tra *aestimatio rerum* e *tantundem* – nella più ampia logica della condanna pecuniaria del processo formulare.

⁵³ In una direzione simile v. S. LONGO, *Sul 'legatum'*, cit., 290.

⁵⁴ Sul punto v. C. SANFILIPPO, *Usufrutto di cose infruttifere*, in *Iura*, 25, 1974, 99 ss., in specie 102.

ABSTRACT

Il contributo analizza il testo Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1. In particolare, il frammento si focalizza sulle conseguenze derivanti dalla mancanza della *cautio senatusconsulti* in ipotesi di usufrutto di denaro costituito mediante legato. La testimonianza di Ulpiano – che riporta anche le opinioni di Sabino e di Celso – consente di riportare l'attenzione sul regime di tale figura 'liminare', in quanto posta a confine tra un'applicazione dell'usufrutto costituito su *res consumabile* e un rapporto giuridico 'nuovo' che si discosta da quest'ultimo.

The essay analyses the text Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1. In particular, the fragment focuses on the consequences of the absence of the *cautio senatusconsulti* in the case of the usufruct of money by legate. The testimony of Ulpian – who also reports the opinions of Sabinus and Celsus – allows us to focus attention on the regime of this 'liminal' figure, insofar as it lies on the borderline between an application of usufruct on consumable *res* and a 'new' legal relationship that differs from the latter.

PAROLE CHIAVE

res cd. consumabili; legato di usufrutto di denaro;
cautio senatusconsulti; *condictio*

res cd. consumables; legacy of usufruct of money;
cautio senatusconsulti; *condictio*

MARTA BEGHINI

Email: marta.beghini@uniroma3.it

