

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA
STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano 'De Armeniorum successione' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus'</i> nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Saverio Masuelli

Università degli Studi di Torino

Ricerche in tema di *cautio fructuaria*

1. Problemi relativi alla denominazione della *cautio fructuaria* – 2. Problemi relativi alla definizione della *cautio fructuaria* – 3. Problemi relativi alla funzione della *cautio fructuaria* – 4. Riflessioni conclusive.

La storia dell'usufrutto, le cui origini e le cui molteplici sfaccettature sono state indagate all'interno di diversi saggi da parte del professor Ferdinando Zuccotti fino a poco tempo prima della Sua prematura scomparsa¹, porta con sé, indicativamente dalla media età imperiale (tenendo conto che le prime riflessioni fra i giuristi, come pure si avrà modo di cogliere più avanti, appaiono con una citazione ulpiana di Proculo, più o meno al tempo dell'imperatore Claudio, pur non escludendo, sia pure teoricamente, la configurazione dell'istituto, verosimilmente in sede editale, in un periodo precedente) e fino agli albori dell'età delle codificazioni, la storia di un istituto, anche se forse l'espressione, per note ragioni, può sembrare esagerata, che, pure trovando una collocazione marginale all'interno della stessa disciplina dell'usufrutto esposta nel Digesto giustiniano (all'interno del titolo nono del libro settimo), ha influenzato non poco le vicende storiche dell'usufrutto stesso.

Tale apparentemente marginale istituto è quello che una consolidata tradizione, successiva alla compilazione giustiniana², ha denominato *cautio fructuaria*

¹) L'interesse del caro e compianto prof. Zuccotti per l'usufrutto emerge all'interno delle numerose ricerche in tema di servitù prediali e relativa tutela processuale ma anche all'interno di saggi monografici indirizzati appunto ad esplorare l'istituto: si pensi, in particolare, a F. ZUCCOTTI, *Una nuova ipotesi sulla nascita dell' 'ius utendi fruendi' – Le origini dell'usufrutto*, in *RDR*, 18, 2008, p. 24-47 nonché ID., «*Actio confessoria ususfructus*» e tutela del corretto esercizio dello «*ius utendi fruendi*». *Saggio di critica interpolazionistica*, Milano, 2023.

²) Tale denominazione, in effetti, non affiora nelle fonti antiche ed appare dovuta alla tradizione successiva (come vedremo, addirittura non anteriore al diciassettesimo secolo). Il titolo nono del settimo libro del Digesto giustiniano è rubricato infatti '*Ususfructarius quemadmodum caveat*', espressione che, per un verso, come si cercherà di mettere in evidenza più avanti, potrebbe lasciar trasparire una certa perplessità nel collocare l'istituto all'interno per così dire dell'orizzonte delle *cautiones*, e per altro verso sembra sottolineare la funzione propriamente di protezione nei confronti dell'istituto stesso dell'*ususfructus*, con la menzione del relativo titolare, vale a dire della gestione

o anche, con maggiore aderenza alla realtà dell'istituto stesso *cautio ususfructuaria*.

Scopo del lavoro che qui si presenta è più che altro porre in evidenza i problemi che affiorano nella lettura storica dell'istituto.

Problemi concernenti la denominazione e la definizione della cosiddetta *cautio fructuaria* (aspetti in relazione ai quali si può forse tracciare la storia stessa dell'istituto, in gran parte ancora inesplorata), la funzione propria della stessa (problema quest'ultimo che pare riflettere un trattamento piuttosto isolato delle *cautiones* in generale, sia in sede editale sia nella più complessa elaborazione giurisprudenziale, senza cioè un adeguato raccordo alla più generale funzione di garanzia, entro la quale la nostra *cautio*, come sembra mostrare la denominazione compilatoria del titolo nono del libro settimo del Digesto, contenente appunto la regolamentazione giurisprudenziale dell'istituto, pur viene legittimamente a configurarsi) ed infine la relativa struttura, aspetto quest'ultimo che, riconnettendosi alla certa applicazione, nel solco generale delle *cautiones*, della cosiddetta *stipulatio* pretoria, si mostra assai meno difficoltoso.

1. Per quanto possa sembrare banale, una riflessione relativa alla configurazione della denominazione *cautio fructuaria* all'interno del lessico giuridico romano può contribuire all'individuazione della storia stessa dell'istituto, in relazione alla quale non risulta che la letteratura specialistica si sia mai soffermata.

In effetti, sia all'interno delle trattazioni manualistiche sia all'interno di lavori specificamente indirizzati allo studio della *cautio* in esame³ la considerazione dello sviluppo storico appare assente o del tutto minoritaria, con la conseguenza che la

complessiva degli interessi implicati nell'usufrutto, svolta appunto dalla *cautio* in esame.

³) Fanno eccezione ancora oggi sicuramente e pur appartenendo a letteratura piuttosto risalente, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Roma, 1928, p. 785-786, il quale, pur non occupandosi di aspetti lessicali, sembra delineare un tempo nel quale il proprietario, a tutela di quella che lo stesso studioso designa come aspettativa a che la cosa gli fosse restituita in buono stato, avesse delle azioni "sperimentali" (*sic*), fra le quali, sempre nella raffigurazione del Solazzi, spiccava la *reivindicatio*, una volta cessato l'usufrutto (azione la cui "sperimentalità" doveva verosimilmente consistere nella sua applicazione all'interno dell'usufrutto, intuibilmente a cominciare dal momento in cui l'usufrutto stesso fu configurato, vale a dire agli inizi del III sec. a. C.) ed un tempo successivo nel quale, essendosi quelle azioni mostrate insufficienti allo scopo (ossia di assicurare la restituzione della cosa in buono stato), «il pretore impose all'usufruttuario di fare una *stipulatio* a favore del domino così concepita da assicurare pienamente il proprietario (*cautio fructuaria*)» e forse, si potrebbe aggiungere, di ovviare a quelle carenze che la *reivindicatio* presentava non essendo un'azione di buona fede, e ancora più specificamente fa eccezione E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova, 1942, p. 461-462, il quale mette la configurazione della *cautio fructuaria* in relazione alla tutela del legato di usufrutto, anche se, in proposito, come vedremo, si può prospettare qualche perplessità: «la gestione economica della cosa», rileva lo studioso, «incontra una serie di limiti e sottostà ad obblighi i quali fanno di essa una gestione controllata nell'interesse del *dominus* e trovano la loro espressione e sanzione in un mezzo di autodifesa consensuale: la *cautio fructuaria*, imposta dal Pretore al legatario di usufrutto, siccome onere preliminare all'esercizio del diritto».

raffigurazione dell'istituto, sia isolatamente che in rapporto all'usufrutto stesso, appare integralmente riprodurre la trattazione giustiniana (senza alcuna indicazione sulla fecondissima tradizione successiva), meglio ancora (soprattutto) la trattazione contenuta nel Digesto (D. 7.9), dal momento che le Istituzioni imperiali non offrono notizie o anche soltanto spunti in relazione alla nostra *cautio* ed il *Codex repetitae praelectionis* la menziona soltanto in relazione a scarsissimi aspetti pragmatici⁴.

In primo luogo, si può affermare, ad una veloce lettura esterna dei testi di riferimento provenienti direttamente dall'età pregiustiniana, che della *cautio fructuaria* non vi è traccia (non solo denominativamente) all'interno delle *Institutiones* di Gaio e nella relativa tarda Epitome.

Ma se certo poco o nulla può significare il silenzio in proposito da parte del tardo epitomatore di Gaio (considerata la ben nota estrema sintesi della relativa trattazione), qualche riflessione può legittimamente suscitare il silenzio da parte dello stesso autore delle *Institutiones*, sia pure all'interno di una raffigurazione più che essenziale dell'*usufructus*, raffigurazione tra l'altro piuttosto carente a livello sistematico, come peraltro avviene consuetamente nella trattazione gaiana degli *iura in re aliena*⁵.

In effetti, la prima menzione testuale della cosiddetta *cautio fructuaria*, pur senza comparire ancora con tale denominazione, non risalirebbe anteriormente a Proculo, affiorando all'interno di una citazione di Ulpiano, in D. 7.9.7 pr. (79 ad ed.)⁶, a tenore della quale il giurista e scolarca, vissuto tra il tempo di Claudio e

⁴ Il richiamo è a C.I. 3.33.1 (Imp. Severus et Antoninus, a.199) e C.I. 3.33.4 (Imp. Alexander [Severus], a. 226). Non risulta peraltro che le due costituzioni (rescritti) menzionate abbiano ricevuto soverchia attenzione in letteratura: esse (ma soprattutto C.I. 3.33.1) saranno esaminate più avanti nel presente lavoro.

⁵ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, p. 368 e n. 10, ritiene, a differenza di A.M. RUDORFF (*Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, p. 245 n. 1) che la regolamentazione editale della *cautio fructuaria* fosse collocata nella sede riservata alla tutela giudiziaria del legato (di usufrutto). Il Rudorff, forse in considerazione di un rilievo sistematico nella trattazione editale delle *stipulationes* di garanzia, riteneva invece che la regolamentazione della *cautio* in esame trovasse luogo all'interno appunto della sede editale riservata alle stipulazioni di garanzia. L'ipotesi leneliana pare confortata in effetti sulla base di D. 7.9.1 pr. (Ulp. 79 ad ed.), nel quale appare la *cautio* cosiddetta *fructuaria* imposta dal pretore al legatario di usufrutto, verosimilmente all'atto dell'immissione del beneficiario nell'oggetto del legato: *si cuius rei usufructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque cavere: et usurum se boni viri arbitrato et, cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit*. In relazione al rapporto storico fra le clausole editali concernenti la *cautio fructuaria* (vale a dire rispettivamente la clausola relativa alla utilizzazione del bene conformemente all'*arbitratus boni viri* e quella concernente la restituzione dello stesso, il Perozzi (*Istituzioni*, cit. 1, p. 786) riteneva che entrambe fossero già presenti all'interno del cosiddetto editto giuliano (e ciò verosimilmente anche in relazione al dato secondo la *cautio* in esame risultava già nota quantomeno a Proculo, come si è evidenziato nel testo).

⁶ Si tratta appunto di D. 7.9.7 pr. (Ulp. 79 ad ed.): *Si usus fructus nomine re tradita satis-*

Nerone⁷, affermerebbe che, nel caso in cui l'usufruttuario non abbia prestato *satisdatio* relativamente a una *res* consegnata a titolo di usufrutto (*Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit*), il nudo proprietario (che, nel caso specifico, era un erede) avrebbe potuto intentare la *reivindicatio* (in alternativa, come pure emerge dal testo, con una *condictio stipulationis*, la quale perverso sembra di difficile configurazione, dal momento che l'usufruttuario, a tenore del testo stesso, non avrebbe prestato quella *satisdatio* che unica sembrerebbe legittimare la tutela della *stipulatio*, a meno ovviamente di intendere, ma con dubbia classicità del passaggio, il richiamo a tale *condictio*, nel senso del richiamo a un mezzo giudiziario tramite il quale il nudo proprietario avrebbe potuto ottenere la prestazione della *satisdatio* stessa).

La menzione *tout court* della *satisdatio* all'interno della citazione ulpiana indicata, con funzione sostanzialmente coincidente con la *cautio* cosiddetta *fructuaria* (funzione evidentemente confermata dalla relativa collocazione compilatoria del testo stesso ma che potrebbe suscitare perplessità in relazione alla originaria configurazione di tale *satisdatio* all'interno della sede edittale, dove verosimilmente avrebbe potuto ricevere la più corretta denominazione appunto di '*cautio*'), se, per un verso, può raffigurare, come si è anticipato, la prima traccia storicamente rilevabile, sia pure con il problema denominativo appena indicato, in relazione alla *cautio* in esame, per altro verso può mettere in discussione l'ipotesi, affacciata da una dottrina risalente ma mai espressamente sconfessata, secondo cui una altrettanto cosiddetta *cautio quasi fructuaria* (denominazione quest'ultima che comunque non appare nei testi antichi) sarebbe stata configurata (in sede edittale verosimilmente prima ancora di una elaborazione giurisprudenziale) sulla base di un senatoconsulto dell'età di Tiberio, con il quale sarebbe stato indicato al pretore un mezzo assai efficace in relazione alla tutela del legato di usufrutto⁸, sostanzialmente

datum non fuerit Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. Quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit. Lo scenario evocato dal testo è quello verosimilmente di un legatario di usufrutto, il quale non avesse prestato garanzia (*satisdatio*) quantomeno per la restituzione della cosa (mentre nulla viene detto in relazione alla utilizzazione della stessa, dal momento che il ragionamento di Proculo risulta meramente imperniato sulla possibilità dell'erede-nudo proprietario di esercitare la *reivindicatio*), così esponendosi appunto all'esercizio, da parte del nudo proprietario, dell'azione di rivendica, sia pure con la possibilità, da parte dell'usufruttuario convenuto, di difendersi con una *exceptio (doli?)* concernente l'avvenuta costituzione della *res* in usufrutto e l'ulteriore possibilità, da parte dell'attore, di avvalersi della *replicatio*, verosimilmente imperniata sulla mancata prestazione della *satisdatio*.

⁷) Come noto, non si sa molto in relazione alla biografia di questo pur insigne giurista (F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, trad. it – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 188, lo colloca successivamente al giurista Nerva padre, indicativamente appunto fra i regni di Claudio e Nerone).

⁸) A tacer d'altro, il testo ulpiano indicato menziona stranamente una *satisdatio*, che implicitamente dovrebbe prestarsi in relazione all'*ususfructus* stesso, senza minimamente esprimersi nei ter-

(ma non è il caso di addentrarci ulteriormente nel problema) prefigurando (proprio livello di tutela giudiziaria) l'istituto del quasi usufrutto⁹.

mini di una garanzia da prestarsi da parte dell'usufruttuario: l'espressione ellitticamente comprendente la figura stessa dell'usufrutto potrebbe, in altri termini, provenire da una riscrittura compilatoria. In effetti, che il testo non presenti un andamento ascrivibile integralmente ad Ulpiano sembrerebbe affiorare da una (implicita) estensione della legittimazione passiva all'esercizio della *reivindicatio*, estensione che apparirebbe nella possibilità da parte dell'erede-nudo proprietario di esercitare la *reivindicatio* nei confronti dell'usufruttuario, il quale, come è noto, era un detentore e non un possessore. In effetti, il problema appare tutt'affatto che marginale all'interno dello studio della *cautio fructuaria* e merita un approfondimento autonomo, come si cercherà di effettuare più avanti nel testo, anche proponendo, in relazione allo stesso problema, una sorta di riconsiderazione segnatamente degli aspetti funzionali della *cautio* in esame. Ad ulteriori sospetti di manipolazione (postclassica o giustiniana) conduce infine, come si è anticipato nel testo, la menzione di una *condictio stipulatio-nis*, la cui configurazione potrebbe giustificarsi in relazione all'ipotesi che con la indicata *condictio* fosse in definitiva ottenibile la prestazione della *cautio* o *satisfactio* (sia pure, come mostrerebbe la denominazione stessa dell'azione, all'interno verosimilmente di una prassi processuale o negoziale postclassica, *contra* però M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA*, 28, 1961, p. 140-143, ora anche in *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone* [cur. G. D'ANGELO, M. DE SIMONE, M. VARVARO], 1, Torino, 2020, p. 204, il quale, in maniera forse non del tutto convincente, ritiene che l'usufruttuario fosse conveniente in rivendica in quanto detentore esclusivo): su queste ed altre ipotesi di ricostruzione del tenore originario del testo ulpiano citato, si vedano, in particolare, E. DOVERE, G. PAPA, *Segni costituzionali e dinamiche processuali. Percorsi esegetico-critici su fonti antiche*, Bari, 2023, p. 172-175. Agli studiosi indicati deve riconoscersi anche il merito di avere messo al centro dell'attenzione, come si è anticipato, il problema concernente la legittimazione passiva della *reivindicatio*, che, nella stretta logica formulare, avrebbe escluso la possibilità che il nudo proprietario agisse appunto in rivendica nei confronti dell'usufruttuario, in quanto quest'ultimo era sicuramente un detentore. Le ulteriori implicazioni di tale rilievo legittimerebbero, come parimenti si è anticipato, una integrale riconsiderazione, se non in relazione alle vicende storiche, certo in relazione agli aspetti funzionali della nostra *cautio*, così anche da poter cogliere in maniera più dettagliata la ratio che ha mosso il pretore in relazione alla configurazione della *cautio* stessa.

⁹) Sul punto, si veda in particolare G. BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto (cont.)*, *Sulla cautio fructuaria*, in *BIDR*, 21, 1909, p. 110-138, il quale appunto, sostiene che se, per un verso, la *cautio fructuaria* appare di sicura configurazione editale, per altro verso la relativa verosimile estensione al legato di usufrutto sarebbe avvenuta ad opera del senatoconsulto accennato. Tra l'altro, lo studioso ritiene che prima della configurazione della *cautio fructuaria*, al proprietario (anche all'interno dell'usufrutto), dovevano riconoscersi mezzi extra giudiziali di tutela del proprio diritto già ampiamente diffusi, quali, ad esempio, la *cautio damni infecti*. In effetti, potrebbe immaginarsi che la configurazione della *cautio fructuaria* in qualche modo sia stata ispirata proprio da altri istituti cautelari che già proteggevano il proprietario: «Generalmente», rileva il Bortolucci (*ibid.*, p. 110), «si ravvisano come cause della creazione della *cautio ususfructuaria* nella forma tramandata da Ulpiano: 1° la necessità di ovviare agli inconvenienti che si verificavano dal non avere il proprietario azione per i deterioramenti della cosa, derivanti da eventuali omissioni (fatto negativo) dell'usufruttuario, in quanto questi non fosse tenuto che per i danni da arrecati alla cosa col fatto positivo proprio, in forza delle azioni speciali che dal fatto stesso nascessero; 2° la tendenza a render più facile e spedito l'esercizio del diritto del proprietario allo spirare dell'usufrutto, risparmiandogli d'intentare l'azione di rivendica con relativa prova della sua proprietà, col fornirgli senz'altro l'*a. ex stipulatu* sorgente dalla *cautio*. È merito del Karlowa l'aver divinato, contro l'opinione comune, che anche prima e

Infatti, se il periodo ipotizzato di emanazione del menzionato senatoconsulto potrebbe genericamente accettarsi in considerazione di una concomitanza con l'intervento di Proculo menzionato da Ulpiano, nulla relativamente al contesto del legato di usufrutto parrebbe desumersi dallo stesso intervento.

Tra l'altro un provvedimento imperiale del 199 d.C., emanato dagli imperatori Settimio Severo e Antonino (Caracalla) e riportato in C.I. 3.33.1¹⁰ lascia intendere che proprio intorno alla fine del II secolo sarebbe stata applicata, proprio in forza di un senatoconsulto, a tutela di un legato di usufrutto *omnium bonorum* una *satisdatio* di fatto funzionalmente coincidente con la nostra *cautio*; il che appunto porterebbe a escludere che la stessa sia stata configurata originariamente in relazione alla fattispecie indicata¹¹, dal momento che la *cautio* risulterebbe già ben

indipendentemente dell'apparir della *cautio*, il proprietario avesse mezzo di tutelarsi contro i danni da omissione, ed è merito del De Ruggiero l'aver posto nel dovuto rilievo l'affermazione karlowiana, benchè anche il Lenel ne ammettesse già la esistenza, in consonanza con uno scolio di Stefano, nel quale l'azione sarebbe stata qualificata *in factum*». Proprio quest'ultima considerazione potrebbe allacciarsi a quanto meglio si affermerà poco più avanti nell'indagine, in relazione, come proprio vedremo, alla configurazione di una *exceptio in factum* in un caso intrecciante il nostro istituto.

¹⁰ Si tratta appunto di C.I. 3.33.1 (Impp. Severus et Antoninus AA. Posidonio, a. 199): *Si usus fructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictum est, quamvis cautionem a te prohibuerat exigi, tamen non aliter a debitoribus pecuniam accipere poteris quam oblata secundum formam senatus consulti cautione*. Sul piano dell'analisi storica, è difficile immaginare che la cancelleria imperiale che ha prodotto il rescritto menzionato si riferisse a un senatoconsulto molto distante dal periodo della correggenza di Severo e Caracalla.

¹¹ In proposito, M. TALAMANCA, *Intorno a una recente ipotesi sulla «liberatio legata»*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 44, 1964, p. 627-692, esplicitando la remissione della *cautio* oggetto del rescritto menzionato come un caso di legato liberatorio, richiama la *cautio* stessa indicandone semplicemente l'oggetto, vale a dire le *usuræ*, senza alcun riferimento alla *cautio fructuaria*. Vale la pena senz'altro riferire le considerazioni dell'insigne studioso, le quali, pure nella relativa tecnicità, consentono di gettare luce anche sul profilo storico del nostro istituto: «C. 3.33.1 si riferisce invece all'*accipere* da parte del legatario della *pecunia soluta a debitoribus post mortem testatoris, ante oblatam cautionem*, nulla dice però, né di positivo né di negativo sulla possibilità che, offrendo la cauzione, l'onorato possa conseguire la cessione del credito prima che l'erede l'abbia esatto. Sul punto, dunque, della configurazione del diritto del legatario riguardo all'obbligazione principale, e non a quella *usurarum*, non è facile dare una risposta sicura all'alternativa: azione per conseguire la *res debita* riscossa dall'erede od azione per farsi cedere l'azione garantendo la restituzione del riscosso? Se da un lato alla cessione dell'azione si potrebbe pensare, facendo leva sul punto che, per la prestazione delle *usuræ*, sembrerebbe irrilevante l'onere di prestare la cauzione, dall'altra è da osservare che questa considerazione, a prima vista abbastanza fondata, perde molto del suo potere di convinzione, quando si pensi che la prestazione delle *usuræ* non è che un effetto del costituirsi del cd. quasi-usufrutto sul credito, costituirsi che non può dipendere che dalla prestazione o dall'offerta della *cautio*. Questa conclusione, in definitiva agnostica, non mi sembra, per il momento, superabile allo stato delle fonti. Quello che però qui interessava maggiormente, ai fini del discorso proposto, è il debitore. Anche chi, come il Grosso, prospetta il problema degli effetti del cd. quasi-usufrutto dei crediti in ordine all'obbligazione principale, risolve poi, per caso particolare in trattazione, gli effetti della disposizione nella remissione delle *usuræ*». In buona sostanza, ed anche al di là, come pure ha osservato il

nota al tempo di Proculo.

Non affiora tra l'altro con nettezza, anche all'interno del dibattito giurisprudenziale, l'ambito di intervento del senatoconsulto individuato dalla letteratura a cui si è accennato poc'anzi (nel senso cioè che può dubitarsi che sia il medesimo senatoconsulto a cui tradizionalmente è riferita l'elaborazione del quasi usufrutto).

Il successivo testo, che, cercando di istituire una sequenza cronologica, mostrerebbe uno stadio evolutivo tutto sommato ancora non molto avanzato in relazione alla nostra *cautio*, può ravvisarsi in D. 7.9.4 (12 stip.) di Venuleio, nel quale il giurista traiano afferma alternativamente l'improponibilità (con il ricorso verosimilmente alla *denegatio actionis* da parte del magistrato) dell'*actio ex stipulatu*, intuibilmente radicata nella prestazione, da parte dell'usufruttuario, della *cautio* in esame a favore del nudo proprietario, oppure la concessione di una *exceptio in factum* a vantaggio dell'usufruttuario stesso (nel caso ovviamente in cui il magistrato non abbia utilizzato la *denegatio actionis*), qualora l'usufrutto sia cessato per confusione.

Al di là degli aspetti tecnici, quel che sembrerebbe potersi ricavare sul piano storico dal frammento menzionato è che la *cautio* poi chiamata *fructuaria*, doveva già essere configurata da qualche tempo al momento della redazione del testo di Venuleio, ma forse non da epoca molto distante (in buona sostanza potrebbe accettarsi un'ipotesi di collocazione alla fine del principato augusteo), come sembrerebbe evocare la menzione da parte del giurista (ancora) di una semplice *actio ex stipulatu* e fors'anche l'indicazione di una *exceptio in factum*, appunto da ricono-

Talamanca nel lavoro indicato, di una generalizzazione verosimilmente postclassica dell'applicazione della *cautio* al quasi usufrutto, la cauzione menzionata difficilmente parrebbe potersi ricondurre, sul piano dell'oggetto della stipulazione, alla *cautio fructuaria*, quantomeno perché non intreccia un problema di restituzione della *res*, con tutti i ben noti aspetti concernenti l'utilizzazione della stessa ed oggetto della *cautio* in esame. Correttamente il Talamanca, in relazione alla *cautio* su cui è intervenuto il rescritto imperiale, si esprime semplicemente, ma come sempre con estrema aderenza al dato testuale, di *cautio ex senatusconsulto*. Sul rescritto, si veda molto recentemente R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*², Torino, 2023, p. 294, il quale, soffermandosi sul commento di Baldo degli Ubaldi (BALDUS DE PERUSIO, *In tres primos libros Codicis Justiniani commentaria*, Lugduni, 1545, f. 211 v.) appunto a C.I. 3.33.1, mette in evidenza come il commentatore utilizzi la dicotomia *substantia/natura*, «per negare validità alla clausola con la quale il testatore costituente abbia voluto escludere, per il futuro usufruttuario, l'obbligo della *cautio* imposta dal senatoconsulto sul c.d. quasi usufrutto, in rapporto alle somme di danaro ed ai crediti del patrimonio dato in usufrutto, obbligo intimamente radicato nella struttura e nella stessa configurabilità originaria dell'usufrutto *omnium bonorum*». Dopo avere richiamato che, nel lessico di Baldo, '*substantia*' indica, nel solco peraltro dell'insegnamento aristotelico sia pure mediato da Boezio e nella successiva tradizione filosofica medievale, la *quidditas* della cosa, mentre '*natura*' la relativa *qualitas*, Cardilli prosegue sottolineando come, nel pensiero di Baldo «mentre la *substantia* di un istituto ne rappresenta il nucleo stabile ed immutabile, la natura è maggiormente malleabile e può subire modificazioni attraverso la volontà delle parti, nel caso della *empito venditio* consensuale attraverso i *pacta* modificativi, nel caso del legato di quasi usufrutto, attraverso l'esclusione della *cautio* da parte del testatore».

scere al convenuto alternativamente all'adozione della *denegatio actionis*¹².

Tale alternatività, aggiunta alla indicazione dell'*exceptio in factum*, potrebbe in effetti rispecchiare una elaborazione dell'istituto non ancora del tutto compiuta.

A tacer d'altro, non risulta, dal complesso dei testi raccolti dai compilatori giustinianeî all'interno del titolo nono del libro settimo del Digesto, alcun dibattito fra giuristi anteriore quantomeno, come si è detto, a Proculo (nel ricordo ulpiano di cui a D. 7.9.7), dibattito che invece sicuramente si intensifica a cominciare dal II secolo d. C. e si protrae per tutta l'epoca della giurisprudenza severiana.

Appare però accertato che la denominazione di *cautio fructuaria* in relazione alle fattispecie descritte non appartenga alla elaborazione giurisprudenziale (o anche pretoria) romana (e nemmeno alla rielaborazione giustiniana).

Tale denominazione affiora piuttosto nella tradizione successiva e verosimilmente non anteriormente addirittura alla seconda metà del diciassettesimo secolo, se, come appare probabile¹³, il primo a menzionare testualmente la denominazione

¹² Si tratta, come anticipato nel testo, di D. 7.9.4 di Venuleio (12 stip.), un frammento che non ha destato soverchia attenzione nella critica interpolazionistica: *Si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit quidem ususfructus ad eum pertinere propter confusionem: sed si ex stipulatu cum meo agatur, aut ipso iure inutiliter agi dicendum est, si viri boni arbitrium huc usque porrigitur, aut in factum excipere debet*. Con particolare attenzione alla parte finale del frammento, si veda, di recente, E. SCIANDRELLO, 'Exceptiones in factum'. *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo formulare*, Napoli, 2023, p. 108-109, il quale ritiene innanzi tutto possibile che la stesura compilatoria sia il prodotto di un riassunto e osserva poi come «nel testo si prospetta, dunque, un'alternativa per quanto riguarda la tutela di chi abbia prima prestato la *cautio fructuaria* e poi, per un particolare sviluppo della vicenda giuridica che lo vede coinvolto, si trovi ad essere *dominus* della *res* e quindi non più tenuto *ex stipulatu* nei confronti del precedente proprietario; l'impressione è che la concessione dell'*exceptio* rappresenti un rafforzamento della protezione del nuovo proprietario nei casi di *confusio*». Per quanto interessa in relazione allo sviluppo storico in relazione alla cd. *cautio fructuaria*, si potrebbe forse estendere la considerazione dello studioso, notando come pure la menzione del giurista Proculo all'interno del testo ulpiano D. 7.9.7 (79 ad ed.) non aggiunga molto all'ipotesi di una configurazione della nostra *cautio* in definitiva nel periodo compreso tra Proculo e Venuleio (in sostanza il periodo che all'incirca dalla metà del I secolo approda all'inizio del secondo secolo d. C.), e che la concessione della *exceptio in factum* raffiguri un rafforzamento della tutela del proprietario ben oltre il caso considerato della *confusio*.

¹³ Non vi è menzione della denominazione in esame nelle opere dei Glossatori, né in quelle dei Commentatori e nemmeno nelle opere dei principali esponenti della Scuola Culta (Cuiacio, Donello, Duareno): sul punto, si veda anche C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Erlangen, 1790-1830, trad. it. – *Commentario alle Pandette* (cur. F. SERAFINI, P. COGLIOLO) –, 7, Milano, 1905, p. 422 nt. 1, il quale rintraccia appunto, tra gli scrittori che per primi hanno espressamente denominato la *cautio* in esame come *fructuaria*, G. NOODT, *De ususfructu*, lavoro che appare nella prima edizione di ID., *Opera omnia*, Amsterdam, 1710, N.C. LYNKER (*Diss. de cautione usufructuaria*, Jenae, 1681), J.H. FELZ (*Diss. de cautione usufructuaria*, Argentorati, 1715) e W. BURCHARD (*Diss. II qua demonstratur: cautionem usufructuariam nec veri nec quasi ususfructus substantiam ingredi*, Herbornae, 1757).

di *cautio fructuaria* fu il giurista olandese Gerard Noodt¹⁴.

2. Anche a chi soffermi l'attenzione della ricerca in riferimento ad aspetti più o meno marginali del diritto romano nel suo complesso e nelle varie fasi del suo sviluppo, non può mancare l'opportunità di considerare, in un più esteso orizzonte, l'elevato livello qualitativo a cui è approdata la tecnica definitoria dei *prudentes*, anche in relazione a fattispecie, come appunto quella in esame, che non paiono abbisognare di particolare sforzo definitorio, collocandosi in una prospettiva marcatamente pragmatica; e tale livello di qualità elaborativa appare in ogni caso spiccatamente verso la fine dell'età classica, ossia al tempo della giurisprudenza severiana, alla quale come noto appartengono la maggior parte dei testi che regolano la *cautio fructuaria*.

A tale considerazione infatti non può sfuggire nemmeno quella che sembra ben più che una mera traccia definitoria in relazione appunto alla *cautio fructuaria*, vale a dire la puntuale raffigurazione contenuta nel frammento ulpiano di cui a D. 7.9.1 (Ulp. 39 ad ed.), a tenore della quale: *Si cuius rei usus fructus legatus sit aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratur et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit*.

Il testo ulpiano, che è parso sostanzialmente incorrotto, non sfugge innanzi tutto a proporre una suggestione storica: in esordio, infatti, il giurista lascia intendere che la nostra *cautio* abbia avuto origine, come d'altronde pare più che legittimo aspettarsi in relazione alla struttura della stessa (ed indipendentemente da un apposito senatoconsulto in riferimento alla tutela dell'erede di fronte al legatario di

¹⁴) Si veda appunto G. NOODT, *De usufructu*, in ID., *Opera omnia*, 2, ed. Neapoli, 1786, p. 164, il quale tra l'altro, riferendosi verosimilmente a C.I. 3.33.1, sopra richiamata, la ascrive a un *Divus Marcus*, cioè, sembrerebbe, secondo il consueto modo di citazione, all'imperatore Marco Aurelio, mentre i compilatori giustinianeî, come noto, la riferiscono come emanata da Settimio Severo e Caracalla. Che poi il riferimento del Noodt coincida con la menzionata C.I. 3.33.1, sembra provato dal fatto che l'autore indica il contenuto del provvedimento imperiale come relativo a un caso di *remissio cautionis*, il che affiora effettivamente, *come si è messo in luce in precedenza, anche dal testo tramandato in sede compilatoria: '...nam ea est' afferma il giurista olandese 'nominatim Divi Marci Constitutione permessa: verum ut aequae licita esset remissio fructuariae cautionis, nulla Principis Constitutione effectum est; quod igitur de illa cautione nominatim placuit Divo Marco, aut Jurisconsulto porrigatur'*. Al di là del problema raffigurato, parzialmente superato dal richiamo da parte dello stesso Noodt al provvedimento imperiale di Alessandro Severo e comunque dal fatto che nulla esclude che l'autore si riferisse pur sempre all'imperatore Antonino Caracalla (il cui *praenomen*, come noto, era appunto *Marcus Aurelius*, anche se questi non era certo premorto al primo degli imperatori menzionati nella *inscriptio* della costituzione, ossia Settimio Severo, di cui Caracalla fu anzi successore) è sicuramente pregevole evidenziare una particolare sensibilità storica da parte del nostro autore, proprio allorché ipotizza che la fattispecie considerata dall'imperatore (dagli imperatori) possa derivare da una elaborazione giurisprudenziale. In ogni caso, niente prova che l'indicata elaborazione abbia in qualche modo a che vedere con la stessa origine della *cautio fructuaria*.

usufrutto), all'interno dell'editto pretorio (con esclusione pertanto, si ripete, della configurazione della stessa ad opera di un senatoconsulto, che, al più, potrebbe essersi per così dire innestato sulla precedente configurazione edittale); al tempo stesso mette la configurazione pretoria in relazione al legato di usufrutto, effettivamente inducendo a ritenere che la *cautio* sia stata creata dal pretore per soccorrere l'erede-nudo proprietario onerato del legato (e successivamente estesa, come ritiene la letteratura specialistica già da tempo, anche tramite contributi giurisprudenziali, a situazioni differenti).

Tale prospettiva, che ha avuto pure molto seguito nella letteratura specialistica¹⁵, sembra in effetti porsi come molto realistica, dal momento che trova appoggio anche nel testo, parimenti ulpiano, raccolto in D. 7.9.7, a cui si è fatto richiamo poco sopra: non si può tuttavia escludere, come meglio si cercherà di evidenziare analizzando gli aspetti funzionali rintracciabili all'interno della *cautio* stessa, che il pretore, nella configurazione di tale strumento cautelare, abbia recepito una consuetudine (o anche, per meglio dire, una prassi negoziale) antecedente, diretta alla tutela del nudo proprietario a fronte della mancata esecuzione degli obblighi dell'usufruttuario.

Tali considerazioni, è pur vero, pur accedendo all'analisi del testo ulpiano che costituisce indubbiamente il punto di riferimento per la ricerca di una definizione della nostra *cautio*, non paiono ancora indicare elementi utili sul piano definitorio.

Sotto il profilo dell'individuazione degli elementi componenziali, la *cautio*, come riflette altresì la ipotesi ricostruttiva del Lenel, prevedeva due clausole: nella prima l'usufruttuario si impegnava nei confronti del nudo proprietario ad usare e fruire dell'oggetto dell'usufrutto *arbitratu boni viri*; nella seconda si impegnava, nei confronti del medesimo nudo proprietario, a restituire l'oggetto dell'usufrutto, alla cessazione del medesimo, nella situazione in cui esso si fosse trovato (*quod inde extabit*)¹⁶.

¹⁵ Si veda, per tutti, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 3, Milano, rist. 1972, p. 107-108, il quale mette bene in evidenza come il pretore abbia configurato la *cautio cd. fructuaria* verosimilmente prendendo le mosse «dalla consuetudine di esigere una simile promessa nell'atto di costituzione dell'usufrutto tra vivi. Il pretore impose l'obbligo di tale promessa nell'usufrutto costituito *mortis causa*, per testamento. La giurisprudenza estese anche all'usufrutto costituito per fedecommesso, ed in seguito si ritenne obbligatoria, non più facoltativa, la *cautio* in qualunque costituzione dell'usufrutto».

¹⁶ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., p. 538, propone la seguente ricostruzione in relazione alla *cautio*: '*Cuius rei usus fructus testamento Lucii Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitratu usurum fruiturum te et, cum usus fructus ad te pertinere desinet, id quod inde extabit restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse, spondesne?*'. Chiaramente è assai probabile che, quantomeno all'epoca dei primi riferimenti giurisprudenziali alla *cautio* (al tempo cioè di Proculo) non venisse più impiegato il verbo '*spondere*' ma il più recente '*promittere*', in conformità al testo concernente la *stipulatio*, oggetto appunto della stessa *cautio* in epoca classica.

Come era lecito aspettarsi, la definizione tradizionale relativa alla *cautio* in esame è stata ricalcata sostanzialmente sulla traccia contenuta nel testo ulpiano appena menzionato.

Ma più che ripercorrere le varie definizioni presentate in letteratura (soprattutto manualistica)¹⁷ a proposito della nostra *cautio*, conviene domandarsi, in questa sede, se esse effettivamente restituiscano l'esatto profilo della stessa, tenuto conto degli sviluppi che hanno interessato la medesima, a partire dalla sua configurazione.

In effetti, il minimo comune denominatore che si trova sotteso alle varie prospettive definitorie è imperniato sulla gestione degli interessi economici relativamente all'oggetto dell'usufrutto (meglio ancora alla *res* oggetto del diritto).

In particolare, le definizioni proposte in letteratura, se, per un verso, sottolineano l'estesa valutabilità dell'*arbitratus boni viri*, per altro verso appaiono in gran parte risolvere l'obbligazione finale scaturente dalla *cautio* nella mera prestazione avente per oggetto la restituzione della cosa (al nudo proprietario, ma anche, come ben evidenzia il Grosso, ad altri soggetti legittimati a pretendere la stessa *cautio*, ossia al legatario, in aggiunta ovviamente all'erede, che abbia ricevuto la *res* come oggetto di un legato sottoposto a condizione prima che la stessa si sia avverata e il comproprietario della stessa).

La prospettiva indicata non sembra però tenere in adeguato rilievo la parte finale del pur esteso frammento ulpiano appena ricordato: non si può infatti trascurare il dato testuale in forza del quale il giurista circoscrive al '*quod inde extabit*' l'oggetto dell'obbligazione restitutoria radicata segnatamente nella seconda clausola della *cautio*.

La limitazione indicata appare poi del tutto coerente con le facoltà riconosciute all'usufruttuario di utilizzare la cosa e di percepirne i frutti, sia pure con

¹⁷) Per quanto ormai piuttosto datata, la più convincente di tali definizioni appare ancora quella proposta da P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Torino, 1946, p. 338, secondo la quale «A garanzia degli obblighi suaccennati (manutenzione, attività di contrasto al deterioramento) l'usufruttuario deve promettere al proprietario *se usurum boni viri arbitrato et restitutum*. Tale *cautio fructuaria* fu imposta dal pretore al legatario d'usufrutto ed estesa progressivamente a ogni altra causa di costituzione dell'usufrutto». Non si tratta effettivamente di una vera e propria definizione, ma certo sembra la prospettazione che meglio di ogni altra riprende gli elementi che risultano dal frammento ulpiano citato: soprattutto non pare corretto che l'obbligazione scaturente dalla *cautio* avesse ad oggetto (in riferimento alla seconda clausola, ossia la clausola che riguardava l'obbligazione di restituzione) la restituzione della cosa ma appunto soltanto '*quod inde extabit*', oggetto che viene reso chiaramente dall'indeterminato '*restitutum*' a cui allude la prospettazione del Bonfante. Ad una gestione economica "controllata" nell'interesse del proprietario fa riferimento, a proposito della nostra *cautio*, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova, 1942, p. 461-462, mentre V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1976 (rist. an.), p. 240, ribadisce la funzione di garanzia della *cautio* in relazione agli obblighi di manutenzione e restituzione della cosa a vantaggio del proprietario.

l'obbligo di mantenere inalterata la destinazione economica della cosa stessa.

Le prospettive definitorie alle quali si accennava appaiono poi integralmente raffigurare una funzione sostanzialmente di garanzia in relazione alla nostra *cautio*: funzione che affiora appunto dall'inserimento della *cautio* stessa all'interno di rimmo dell'orizzonte rappresentato dalle attività di gestione economica della cosa.

Tale inserimento può effettivamente ricavarsi e legittimarsi sulla base delle formulazioni contenute nel testo ulpiano più sopra richiamato.

Ma indubbiamente, sul piano innanzi tutto dello sviluppo storico, sembra potersi configurare una diversa prospettiva, che ovviamente non può essere tenuta in conto in una sede dedicata alla definizione della *cautio* in esame, che necessariamente coglie la regolamentazione quantomeno giustiniana.

3. Come affiora nettamente dal frammento di Ulpiano dianzi esaminato, sia pure nella relativa stesura compilatoria, ed ampiamente esplorato nella letteratura specialistica (D. 7.9.1) con specifico riguardo ai profili definitori in relazione alla *cautio* in esame essa appare verosimilmente configurata dal pretore con la specifica funzione di proteggere l'interesse (il diritto) del nudo proprietario quantomeno, ma di certo non solamente (come mostra con evidenza il criterio piuttosto esteso dell'*arbitratus boni viri* relativo alla utilizzazione della *res*) alla conservazione del bene in conformità alla relativa destinazione economica (interesse che appunto si trova rispecchiato all'interno della prima clausola di cui si componeva la *cautio*, vale a dire la clausola concernente l'utilizzazione della *res arbitratus boni viri*)¹⁸ ed infine l'interesse (il diritto) parimenti del nudo proprietario alla restituzione della *res*, nella condizione in cui essa si verrà a trovare alla cessazione dell'usufrutto (co-

¹⁸) L'individuazione dei profili contenutistici relativamente all'*arbitratus boni viri* sembrano per molti versi eccedere i problemi concernenti la *cautio* in sé e per sé: tali profili paiono infatti riguardare prima di tutto i criteri concernenti la facoltà dell'usufruttuario di *uti frui*, vale a dire si pongono in relazione ai confini dell'utilizzazione legittima della *res*, che molto verosimilmente dovettero essere elaborati prima della configurazione stessa della nostra *cautio* ed indipendentemente dalla stessa. Non appare del tutto irragionevole ipotizzare la configurazione dell'*arbitratus boni viri* in relazione all'usufrutto in concomitanza con l'individuazione del *modus servitutis* in relazione alle servitù prediali. E tale sia pure ipotetica raffigurazione sembrerebbe rafforzarsi sulla base del rilievo (soprattutto di G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 271-275) di una serie di mezzi processuali prefigurati, indipendentemente dal ricorso alla *cautio*, a protezione dell'interesse del nudo proprietario ad una utilizzazione del bene, da parte dell'usufruttuario, che si ponga in maniera più dettagliatamente rispettosa del bene stesso, oltre al ben noto limite della mutazione concernente la destinazione economica del bene (*substantia*). Si tratterebbe cioè di una verosimile applicazione, in proposito, dell'*actio negatoria* (sul punto, si veda già G. DE RUGGIERO, *Sulla cautio fructuaria*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, estr., Milano, 1905, p. 6-7), oltre addirittura alla configurazione di una *actio in factum*, un po' enigmaticamente menzionata in uno scolio di Stefano a cui si è accennato sopra, utilizzabile da parte del nudo proprietario proprio in relazione al corretto esercizio dell'*uti frui*, *actio* il cui esame in una prospettiva isolata potrebbe aggiungere un tassello non indifferente nello sviluppo storico della nostra *cautio*.

me mostra l'espressione finale del testo ricordato, con il riferimento al 'quod inde extabit').

Il riferimento alla tutela dell'erede-nudo proprietario di fronte al legatario di usufrutto può intendersi come ratio originaria in relazione alla configurazione editale della *cautio fructuaria*, ma la stessa, sia sul piano logico giuridico, sia sul piano storico trovò applicazione in relazione a situazioni differenti.

Ma il problema sembra proprio porsi in relazione a questa funzione originaria, che il pretore avrebbe escogitato a protezione dell'erede nudo proprietario e più in generale del nudo proprietario in sé e per sé.

Una posizione da tempo condivisa in letteratura evidenzia infatti come la predisposizione della nostra *cautio* apparisse come una sorta di rafforzamento in relazione alla protezione giudiziaria del nudo proprietario, proprio perché il ricorso alla *stipulatio* pretoria avrebbe sollevato il nudo proprietario dall'onere di provare l'aproprietà, requisito indispensabile per l'esercizio fruttuoso della *reivindicatio*¹⁹.

Ma qui sta il punto: non si può trascurare il fatto che l'usufruttuario non sia possessore e di conseguenza, salvo uno sviluppo storico in relazione alla cosiddetta *facultas restituendi* (che consisteva, come noto, nella possibilità materiale e giuridica di esercitare la *restitutio*), egli non avrebbe potuto essere convenuto con la *reivindicatio*²⁰.

Appare cioè ipotizzabile un certo periodo di tempo in cui il nudo proprietario non avrebbe avuto a protezione del suo diritto alla restituzione l'azione a difesa della proprietà. Ciò non vuol dire ovviamente che tale diritto, insito nella configurazione stessa degli obblighi dell'usufruttuario, non trovasse protezione giudiziaria. Ma può consentire l'ipotesi che in una fase anteriore alla configurazione della *facultas restituendi* in relazione all'usufruttuario il nudo proprietario non avrebbe potuto avvalersi, ai fini della *restitutio*, della *reivindicatio*.

¹⁹) In tal senso, peraltro, già G. BORTOLUCCI, *Sulla cautio fructuaria*, cit. p. 112.

²⁰) Sul punto, si veda ancora oggi, G. GROSSO, *In tema di cautio fructuaria*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 72, 1936, p. 58-72, il quale appunto mette in evidenza come «questa *reivindicatio* ha dato luogo a dubbi; e si è anche sospettato della classicità di essa. Non discosso la difficoltà di una *reivindicatio* contro chi assume di detenerla cosa *utendi fruendi causa*, caso per cui soccorre l'*actio negativa*, e la difficoltà di fondare sullo stato attuale dei testi, una soluzione particolare per la nostra ipotesi, in cui è pur certo che l'*actio negativa* non poteva trovare applicazione. Ma contro la congettura di una innovazione giustiniana mi pare che militi una considerazione di carattere generale (...)». La considerazione generale a cui alludeva il Grosso era la predisposizione di una *condictio ex cautione* che affiora in alcuni testi della compilazione: in realtà, a parte certamente, come noto, una applicazione generale della *condictio* rilevabile in tutto il diritto giustiniano, una *actio ex cautione* affiora già in quella che viene ritenuta scrittura classica di alcuni testi concernenti la *cautio fructuaria* e più sopra richiamati. Non solo: a favore della escludibilità di una *reivindicatio* escogitata a tutela del nudo proprietario nei confronti dell'usufruttuario potrebbe aggiungersi che la *facultas restituendi*, sul piano processuale, dovette riconoscersi in relazione all'usufruttuario ben prima della compilazione giustiniana e precisamente nella media età classica.

Può a questo punto affacciarsi l'ipotesi, allo stato forse accettabile sul piano teorico, ma non accertabile sul piano delle fonti, che la *cautio fructuaria* sia stata escogitata (dal pretore ma non può legittimamente escludersi una diversa origine) proprio per venire incontro ai diritti del nudo proprietario (che oltrepassano, come noto, il merodiritto alla restituzione), in una fase storica piuttosto risalente, in cui l'esercizio della *reivindicatio* doveva incontrare difficoltà in relazione alla convenibilità dell'usufruttuario, in quanto detentore e non possessore²¹.

A tacer d'altro poi, il criterio dell'*arbitratus boni viri*, esplicitato come è noto all'interno della *cautio fructuaria*, dovette verosimilmente completare la protezione degli interessi del nudo proprietario alla corretta utilizzazione del bene da parte dell'usufruttuario, il quale appunto non avrebbe potuto essere convenuto per rispondere in relazione alla cattiva gestione del bene se non nei limiti angusti di una *cautio damni infecti* o della *actio legis Aquiliae*, ove pure mancassero i presupposti dell'*actio negatoria ususfructus*²².

4. A questo punto, più che di conclusioni vere e proprie, forse anche in consonanza con il sentimento che è sicuramente sotteso alle pur modeste ed esigue note del contributo che qui si presenta, parrebbe più opportuno accennare ai problemi che si è cercato di far venire alla luce.

Fra questi problemi, alcuni possono effettivamente assumere una dimensione inferiore rispetto ad altri: ad esempio, l'individuazione, relativamente alla funzione della *cautio fructuaria*, di un potente strumento negoziale (la cui configurazione, a ben guardare, è radicata ed è manifestazione dell'*imperium* magistratuale) idoneo diremmo quantomeno a una robusta gestione degli interessi economici implicati nell'usufrutto, non appare in definitiva così tanto intaccata da quella sorta di penombra nella quale viene lasciato quell'affermazione conclusiva di Ulpiano, in forza della quale l'usufruttuario sarebbe stato obbligato non tanto a restituire la *res* propriamente ma '*quod inde extabit*'. Ed in questa espressione finale sembra rispecchiarsi davvero la coerenza della sensibilità del giurista in relazione al contenuto dell'uti frui, che resta pur sempre il contenuto di un rapporto reale.

Ma certo un problema di non poco conto sembra proprio quello concernente la funzione originaria della *cautio* in esame, al di là del contesto concreto relativo al legato di usufrutto in vista del quale i giuristi (e non solo Ulpiano) hanno costantemente ravvisato lo scopo della configurazione stessa della *cautio* in sede editale.

Non appare irragionevole, come si è cercato di mettere in luce nelle pagine

²¹) Salva la considerazione, non rinvenibile perverso in letteratura, dell'acquisto, in capo all'usufruttuario, della qualifica di possessore nel momento in cui, cessato l'usufrutto, non restituisca il bene oggetto dello stesso.

²²) In proposito, si veda F. ZUCCOTTI, «*Actio confessoria ususfructus*», cit., p. 14-20.

precedenti, ritenere che la *cautio fructuaria* abbia addirittura costituito la prima ed efficace protezione degli interessi del nudo proprietario a fronte degli obblighi dell'usufruttuario per così dire concentrati in relazione alla restituzione della *res* alla cessazione dell'usufrutto (e di conseguenza comprensivi delle condotte che l'usufruttuario stesso avrebbe potuto e dovuto esercitare in relazione al bene). Protezione che effettivamente, almeno fino a che, in relazione all'usufruttuario non venne riconosciuta la *facultas restituendi*, sarebbe risultata difficilmente ottenibile tramite l'esperimento della *reivindicatio*, per carenza di legittimazione passiva in relazione all'usufruttuario.

Da quel momento, la cui individuazione, allo stato dei testi, non sembra possibile rintracciare, anche se non lo si può ragionevolmente sconnettere eccessivamente rispetto alla configurazione stessa dell'usufrutto (salvo appunto ipotizzare, contro la logica stessa dell'istituto, la configurazione dell'usufrutto a fronte di una vana tutela dei diritti del nudo proprietario), la *cautio fructuaria* dovette effettivamente percepirsi come un rafforzamento della protezione giudiziaria del nudo proprietario, il quale con la *actio ex cautione* avrebbe sicuramente ed ovviamente evitato i rischi concernenti la prova della proprietà, condizione indispensabile per il fruttuoso esercizio della *reivindicatio*.

