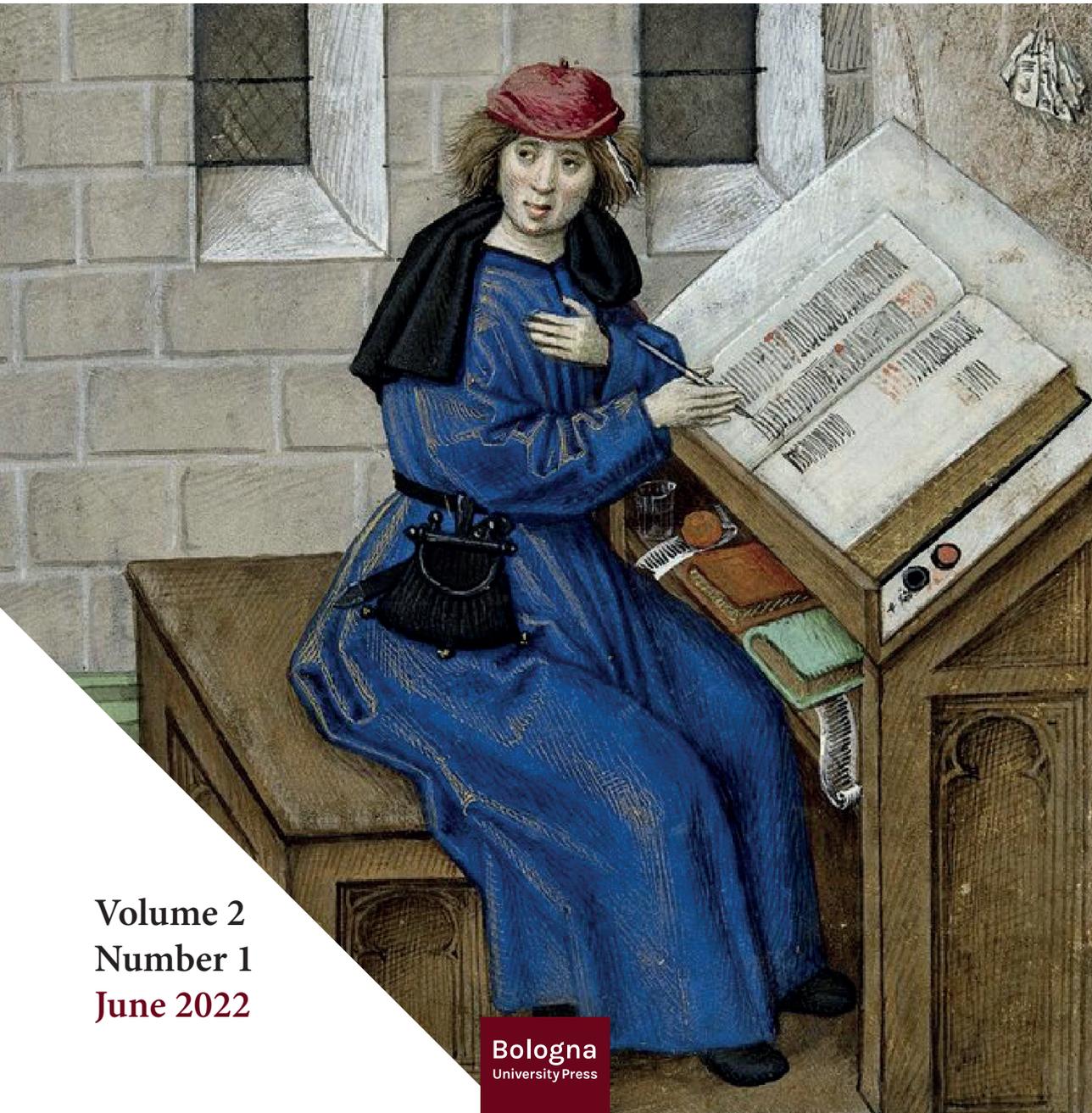




An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 2
Number 1
June 2022

Bologna
University Press



Direzione/Editors: A. Banfi (Univ. Bergamo), G. Luchetti (Univ. Bologna), M. Ricciardi (Univ. Milano Statale).

Comitato Direttivo/Editorial Board: M. Brutti (Univ. Roma Sapienza), A. Calore (Univ. Brescia), E. Cantarella (Univ. Milano Statale), E. Chevreau (Univ. Paris Panthéon), M. Miglietta (Univ. Trento), E. Stolfi (Univ. Siena).

Comitato Scientifico/Scientific Committee: Francisco J. Andrés Santos (Univ. Valladolid), Martin Avenarius (Univ. Köln), Ulrike Babusiaux (Univ. Zürich), Christian Baldus (Univ. Heidelberg), Maurizio Bettini (Univ. Siena), Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza), Mauro Bonazzi (Univ. Utrecht), Amelia Castresana Herrero † (Univ. Salamanca), Marco Cavina (Univ. Bologna), Orazio Condorelli (Univ. Catania), Pietro Costa (Univ. Firenze), Wojciech Dajczak (Univ. Poznań), Lucio De Giovanni (Univ. Napoli Federico II), Oliviero Diliberto (Univ. Roma Sapienza), Athina Dimopoulou (Nat. Kap. Univ. Athens), Elio Dovere (Univ. Napoli Parthenope), Roberto Esposito (Scuola Normale Superiore), Giuseppe Falcone (Univ. Palermo), Michael Gagarin (Texas Univ.), Jean-François Gerkens (Univ. Liège), Peter Gröschler (Univ. Mainz), Alejandro Guzmán Brito † (Pont. Univ. Cat. Valparaiso), Akira Koba (Univ. Tokyo), Umberto Laffi (Univ. Pisa-Accad. Naz. Lincei), Andrea Lovato (Univ. Bari), William N. Lucy (Univ. Durham), Laretta Maganzani (Univ. Milano Cattolica), Valerio Marotta (Univ. Pavia), Thomas McGinn (Vanderbilt Univ.), Guido Melis (Univ. Roma Sapienza), Carlo Nitsch (Univ. Napoli Federico II), Antonio Padoa-Schioppa (Univ. Milano Statale), Javier Paricio Serrano (Univ. Complutense Madrid), Aldo Petrucci (Univ. Pisa), Johannes Platschek (Univ. München), Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II), Gianni Santucci (Univ. Bologna), Nicoletta Sarti (Univ. Bologna), Aldo Schiavone (ERC-Univ. Roma Sapienza), Alessandro Somma (Univ. Roma Sapienza), Gerhard Thür (Öst. Akad. d. Wiss.), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Univ. Lisboa).

Comitato di Redazione: T. Beggio, P. Biavaschi, F. Bonin, P. Carvajal, A. Cirillo, G. Cossa, S. Di Maria, M. Fino, O. Galante, E. Marelli, F. Mattioli, A. Nitsch, I. Pontoriero, J. Ruggiero, E. Sciandrello, F. Tamburi, G. Turelli.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

Volume 2
Number 1
June 2022

Specula Iuris è resa possibile grazie al sostegno del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” dell'Università degli Studi di Milano.

Direttore Responsabile

Giovanni Luchetti

Editorial office

email: redazione@speculaiuris.it

Web page

<http://www.speculaiuris.it>

Print subscription (2 issues)

€ 100

Subscription office

ordini@buonline.com

Publisher

Fondazione Bologna University Press

Via Saragozza, 10

40123 Bologna (Italy)

tel.: +39 051 232882

fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155

ISSN online: 2785-2652

ISBN: 979-12-5477-195-2

ISBN online: 979-12-5477-196-9

Doi: doi.org/10.30682/specula0201

Registrazione

Tribunale di Bologna, n. 8567 del 03/06/2021

Trascorso un anno dalla prima edizione, i testi sono pubblicati sotto licenza

Creative Commons CC-BY-NC-SA 4.0

One year after the first publication, paper are licensed under a

Creative Commons attribution CC-BY-NC-SA 4.0

Graphic Layout

DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

Cover

L'autore allo scrittoio, miniatura tratta dal *Roman de la Rose* di Guillaume de Lorris e Jean de Meun, 1490 ca., Londra, British Library, Harley MS 4425, f. 133r.

Sommario

DIRITTI ANTICHI

Preliminary Soundings on the Roman Origins of the Juristic Concept «Possession» 7
AKIRA KOBAYASHI

Ad municipalem: una formulazione in bilico tra legislazione e giurisprudenza 45
GIOVANNI COSSA

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Bluhmesche Massentheorie und konkurrierende Modelle
Fragen zur Rolle von *libri institutionum* und *regularum* 89
CHRISTIAN BALDUS, ROBIN REPNOW

Le finzioni nella giurisprudenza romana 109
MASSIMO BRUTTI

DISACCORDI

Oltre il mito. Il Manifesto di Ventotene nel prisma del pensiero neoliberale 177
ALESSANDRO SOMMA

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Le finzioni nella giurisprudenza romana*

Massimo Brutti

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Roma Sapienza

Abstract (Italiano)

La finzione è un procedimento logico con il quale la rappresentazione di un fatto viene alterata o falsificata. Nel discorso giuridico, l'immagine alterata o falsificata del fatto serve a giustificare la scelta di una qualificazione giuridica e di una regolamentazione, che altrimenti non potrebbero applicarsi. Nel diritto romano la finzione è spesso usata sia nelle norme (come le *leges*, i *senatus consulta*, gli *edicta*, le *constitutiones principum*), sia nella giurisprudenza. I giuristi interpretano le norme, ma costruiscono anche finzioni autonome da introdurre nei casi controversi. Esse si differenziano dai procedimenti induttivi posti a base delle presunzioni e delle similitudini. Lo schema della finzione ricorre anche nelle trattazioni retoriche. Tra impieghi giuridici e retorici vi è una convergenza, un modo simile di intervenire sui fatti. Il fine è nel discorso retorico la persuasione, in quello giuridico la definizione di una disciplina oggettiva dei casi. Questa disciplina è solitamente portatrice di innovazioni. Il saggio le esamina, soffermandosi sul contributo dei singoli giuristi.

Parole chiave: Finzioni, presunzioni, similitudini, immagini di casi controversi, mascheramento dei fatti, giuristi, innovazioni normative

Abstract (English)

*Fiction is a logical procedure by which the representation of a fact is altered or falsified. In legal discourse, the altered or falsified image of the fact serves to justify the choice of legal qualification and regulation, which otherwise could not apply. In Roman law, fiction is often used both in norms (such as *leges*, *senatus consulta*, *edicta*, *constitutiones principum*) and in jurisprudence. Jurists interpret norms, but they also construct autonomous fictions to introduce in disputed cases. They differ from the inductive procedures underlying presumptions and similitudes. The pattern of fiction also recurs in rhetorical treatises. Between legal and rhetorical uses there is a convergence, a similar way of intervening on facts. The goal is in rhetorical discourse persuasion, in legal discourse the establishment of an objective*

* Questo scritto nasce da una lezione svolta nel seminario dottorale su "Natura e finzione" presso l'École Française de Rome il 21 febbraio 2022.

discipline of cases. This discipline is usually the bearer of innovations. The essay examines them, dwelling on the contributions of individual jurists.

Keywords: Fictions, Presumptions, Similitudes, Images of disputed cases, Disguise of facts, Jurists, Normative innovations

1. Inventare la realtà

La finzione è un procedimento logico più volte impiegato nelle scienze giuridiche e negli enunciati prescrittivi. Dobbiamo distinguere i momenti storici nei quali viene usato, cogliendo la diversità delle pratiche e delle definizioni che ad esso corrispondono entro le culture europee. Studiare i suoi significati significa analizzare i contesti ove opera e gli itinerari argomentativi di cui è partecipe. Non vi è una storia unica della finzione, ma piuttosto una serie di mutevoli inclinazioni a fingere, per trarre conseguenze giuridiche da questo esercizio. Anche quando i linguaggi e le sintassi si rassomigliano, resta ferma e decisiva la differenza dei tempi e delle concezioni.

Il nucleo comune è l'invenzione della realtà, di volta in volta attuata sovrapponendo false rappresentazioni ai dati che l'esperienza conoscitiva incontra e fa propri. Si tratta di un percorso simile a quello che viene seguito con le escogitazioni retoriche. Nel diritto si finge per raggiungere e motivare una determinata regolamentazione; nell'esercizio oratorio per persuadere l'interlocutore.

Gli interpreti che lavorano sull'applicazione del diritto possono trasformare i propri concetti in invenzioni *ex nihilo*, sostituendo una costruzione nuova al referente da cui prendono le mosse, sia esso un dato normativo o un caso osservato nella realtà sociale. Fingere è un'iniziativa diversa dalla mera e comune sussunzione di un materiale empirico nell'una o nell'altra "struttura rappresentativa". Presuppone il distacco da quel materiale e la scelta di immaginare dati che esso non comprende, o di disattendere alcuni suoi elementi.

Dobbiamo distinguere la specifica volontà di fingere un fatto, di ignorare un'evidenza, dall'uso delle astrazioni, che è costante nei discorsi giuridici. Non diremo quindi che tutto il diritto è finzione, soltanto perché dà luogo ad una necessaria concettualizzazione dei fatti da regolare. Né considereremo la finzione come il riflesso passivo di una visione generale del mondo, che esalta la dimensione ipotetica di ogni conoscenza.

Questo modo di pensare è stato portato a conseguenze estreme da Hans Vaihinger. Nel 1911, con il libro *La Filosofia del come se*, egli ha definito la finzione come una categoria vasta ed universale, idonea ad esprimere il fondamento del conoscere e la risposta di ciascuno alle sollecitazioni dell'ambiente esterno. Si tratta di una generalizzazione, che non permette di cogliere il senso e le finalità di singoli procedimenti argomentativi, interni al mondo del diritto, fondati su un travestimento consapevole dei fatti.

Nella prospettiva di Vaihinger vi erano reminiscenze kantiane. La proiezione ontologica del fingere, posta a base di ogni attività intellettuale, si risolveva nella posizione di concetti vuoti

ed impediva un'analisi differenziata delle finzioni giuridiche, in diversi contesti storici¹. D'altro canto, nel ruolo costitutivo attribuito all'immaginare, al supporre, quale fondamento della conoscenza (nella sua totalità), si avvertiva un'enfasi soggettivistica, espressione di un impianto culturale tipico del primo Novecento. In particolare, l'idea di un soggetto in lotta con il mondo circostante, che afferma sé stesso inventando un ordine artificiale, appariva ideologicamente lontana da Kant².

¹ Vedi VAIHINGER 1911, nuova ed. 1922, trad. it. 1967. Il rapporto tra visione generale e singole scienze si comprende facilmente muovendo dalla rassomiglianza, che l'autore mette in luce, tra la scienza del diritto e la matematica (p. 44 ss.; 61 ss.). Entrambe usano concetti che non esprimono una percezione dei fatti, ma si muovono in una dimensione di autonomia rispetto ai dati empirici. I concetti giuridici assumono e conducono verso immagini uniformi le qualificazioni di dati particolari operate dal diritto. Analogamente, il sapere matematico si applica a rappresentazioni di fenomeni, traendo da esse gli elementi che possono coincidere con le proprie figure e i propri calcoli. "Spesso in entrambi gli ambiti si tratta di sussumere un caso singolo sotto uno generale, le cui determinazioni debbono ora essere applicate a quel caso singolo". Il nucleo comune è costituito dalla concettualizzazione, nella quale si svela sempre un punto di vista soggettivo. L'intendere è sussumere entro concetti, ciascuno dei quali si impone sulla materia della conoscenza. Ho richiamato sopra la nozione di "strutture rappresentative", che è usata dall'autore (p. 44). Questo schema non vale soltanto per l'affinità tra discorso giuridico e calcolo (un tema che già più volte era emerso nella cultura europea tra Settecento ed Ottocento). Secondo Vaihinger, tutte le scienze, con approssimazioni e vie diverse, convergono nel fingere i propri postulati e le idee che le costituiscono. Vi è uno spartiacque preciso tra il movimento della realtà e l'impegno a ridefinirla, ad interpretarla secondo supposizioni che generano ordine. La scienza segue un procedimento deduttivo che nasce da proposizioni inverificabili, sulla base delle quali si costruiscono immagini da riferire al mondo umano e regole per governarlo. "In conclusione l'enorme lavoro delle scienze moderne riduce tutto il divenire, che in ultima analisi è assolutamente inconcepibile, ad una mera misura soggettiva, di carattere puramente finzionale". La nozione kantiana di "cosa in sé" è l'esempio-limite: con essa il pensiero inventa la realtà, prima e al di là delle forme che costituiscono la conoscenza. Nell'introdurre l'edizione italiana del testo di Vaihinger, il curatore italiano, F. Voltaggio, parla di "concetti vuoti, del tutto privi cioè di contenuto, o, per meglio dire, con un contenuto la cui effettiva esistenza non può essere mai verificata" (p. 8). A proposito della generalità che caratterizza il valore gnoseologico della finzione entro questa prospettiva, vedi MICCÙ 2015, p. 198: "si giunge ad una radicalizzazione in senso ontologico del problema, ad una comprensione della 'realtà giuridica' come una 'immensa finzione', nella quale paradossalmente proprio la *fictio iuris* rischia di perdere la propria specificità...".

² La soggettività è sempre presente nei concetti, assieme al momento della libera creatività, che si esprime nel costruire, nel formare, nello strutturare. Per questa via credo che Vaihinger si distacchi dall'insegnamento di Kant. Basta ricordare, in una materia che tocca le problematiche del diritto, quale sia, secondo il filosofo di Königsberg, il nesso tra libertà, limiti all'azione dei singoli e disciplina giuridica della convivenza, posto quale idea necessaria, archetipo e guida per ogni costituzione legale, su cui si sofferma trattando la "dialettica trascendentale". Vd. KANT 1787, p. 301: "Una costituzione che miri alla maggiore libertà umana secondo leggi che facciano che la libertà di ciascuno possa coesistere con quella degli altri [...] è pure per lo meno un'idea necessaria, che deve essere a fondamento non solo del primo disegno d'una costituzione politica, ma di tutte le leggi, e in cui si deve, da principio, astrarre dagli ostacoli presenti, che probabilmente non derivano inevitabilmente dalla natura umana, quanto piuttosto dall'inosservanza delle idee vere in materia di legislazione". Kant non ammette che nella filosofia possa esservi un "appello all'esperienza contraria"; lo considera "triviale": la contrarietà nei fatti deriva dalla mancata adesione al dover essere delle idee; e questo rimane intatto. Invece, nel disegno teorico di Vaihinger, libertà e responsabilità non sono che elementi di un'approssimazione, quasi un'aspirazione all'ordine, da cui possono trarsi regole utili (p. 53 ss., ove tra l'altro si afferma che il concetto di libertà – "la condotta umana [...] come libera e perciò responsabile" – contraddice "la realtà osservata" ed è per la sua assolutezza privo di valore dal punto di vista morale). In questo quadro, viene prospettata l'invenzione della realtà come risultato di una ricerca, che ha un'esplicita connotazione ideologica. Secondo l'autore, la finzione, quale forma generale del pensiero, offre i mezzi per resistere al disordine, per opporre uno schermo al pessimismo: "la ricchezza dell'anima è costruita da questi mezzi che essa ha in sé, e che sono eccitati dalla necessità e stimolati dal mondo esterno; l'organismo è immerso in un complesso di sensazioni del tutto contraddittorie, soffocato dalle spire di un mondo esterno ad esso ostile e, per sopravvivere, costretto a cercare, tanto dentro di sé come fuori, tutti i possibili mezzi di aiuto. Dalla necessità e dal dolore è suscitato lo sviluppo spirituale, la coscienza si ridesta attraverso contraddizioni e conflitti, e l'uomo deve la sua evoluzione spirituale più ai suoi nemici che ai suoi amici" (p. 24). Lo sfondo di angoscia novecentesca su cui si staglia la filosofia della finzione è comune ad altre visioni contemporanee, che esaltano fino al paradosso il soggettivismo di ogni conoscenza, di ogni atto interpretativo, suggerendo l'identificazione tra l'intendere e il creare.

L'ambito del mio discorso sarà un altro. Intendo guardare più da vicino le finzioni nel campo del diritto. Volgerò l'attenzione verso gli scopi a cui mirano, specialmente quando introducono regole innovative e visibili discontinuità.

Com'è scritto nella prima definizione moderna di questo procedimento, formulata da Andrea Alciato, l'alterazione della verità è necessariamente animata da un movente, dall'idea di una *iusta causa*³. L'umanista si appropria di singoli dispositivi tratti da precedenti dottrine, collocandoli entro una visione unitaria ed ancorando la manipolazione dei fatti all'orizzonte teorico della possibilità. Richiama i procedimenti dei giuristi antichi, già presenti nella scienza medievale e d'ora in poi destinati a nuovi usi. Sulle sue orme si muove Iacopo Menochio, formulando una definizione analoga: dalla *iusta causa* nasce l'*effectus iuris* indotto dalla finzione⁴.

Si tratta di costruzioni che attraversano la tradizione europea. L'idea di autonomia dal mondo empirico, che esse sottintendono, le avvicina all'immaginazione letteraria⁵. “Sebbene – ha osservato Oskar von Bülow nel 1879 – il diritto non sia amico della fantasia, si vede comunque che esso non può stare senza il suo aiuto”⁶. Ma impiegare la fantasia nelle attività che formano il mondo giuridico significa introdurre una tensione, più o meno forte, rispetto ai dati da cui si muove: vale a dire le forme di vita consolidate, oppure la disciplina che viene dal passato. Per quel che riguarda la scienza del diritto, quando ad essa si accorda una maggiore libertà ed un ruolo politico, la tensione cresce. Manipolare la realtà, inventare i casi serve ad introdurre un cambiamento nel dover essere.

Intorno alla genealogia delle finzioni, alla loro formulazione che cambia nel tempo ed ai temi che vi sono connessi, esistono numerosi studi. Nelle pagine che seguono, mi propongo di mettere a fuoco alcune forme antiche di questa genealogia, elaborate dal pensiero giuridico romano. Tutte iscritte nell'ambito di una ricorrente spinta creativa, nelle norme e nella giuri-

³ Vedi al riguardo Andreae ALCIATI *De praesumptionibus*, in ALCIATI 1548, col. 726 s.: ...*primo ergo videndum est quid sit Fictio. Et Bartolus in l. si quis pro empto. ff. de usucap. (= D. 41.3.15) et post eum Moderni referunt varias definitiones antiquorum, quae tamen de facili impugnari possunt. Unde tu ita definias: Fictio, est legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio...* Moderni sono quindi i giuristi che scrivono dopo Bartolo. In comune con i glossatori ed i commentatori essi hanno l'interesse per i testi giuridici antichi e la rielaborazione di quel materiale normativo, secondo canoni che mutano nel tempo. L'umanesimo si allontana dalla scienza medievale, ma lavora continuamente sulle pratiche di attraversamento della compilazione giustiniana che erano state elaborate da quella scienza. Le utilizza con un'autonomia nuova rispetto al *Corpus Iuris*, in gran parte legata alla contestazione del principio di autorità.

⁴ MENOCHII 1587, fo. 8: ...*fictio est indubitatae falsitatis pro veritate assumptio in casu possibili, et ex iusta causa ad inducendum aliquem iuris effectum, aequitati naturali non repugnantem. Laequitas naturalis* rappresenta il fondamento e il limite della falsificazione. È da notare l'assenza negli umanisti del collegamento tra finzione e conservazione del passato che vedremo in Savigny. Vedi più avanti, nt. 177.

⁵ A proposito delle argomentazioni retoriche, che si muovono nel campo del possibile (lo stesso campo entro il quale, secondo Alciato, può operare la finzione), il parallelismo era già enunciato dall'Auctor *ad Herennium* 1.13: ...*Argumentum est ficta res, quae tamen fieri potuit, veluti argumenta comoediarum* ... Senza pensare ad una meccanica proiezione da un campo ad un altro della cultura romana, credo che le strutture argomentative della retorica siano in più occasioni convergenti con le forme del pensiero giuridico. Come svelano i rispettivi linguaggi ed alcune ricorrenti procedure logiche (l'esempio più evidente è la dicotomia *scriptum-sententia* o *scriptum-voluntas*). Vedi più avanti, pp. 133 ss. e p. 161.

⁶ VON BÜLOW 1879, p. 3.

sprudenza, che Alciato – come si è visto – formalizza in una definizione astratta, destinata a reggere nel tempo⁷.

2. Le immagini giuridiche

“La finzione è un procedimento che [...] appartiene alla pragmatica del diritto”. Queste parole si leggono all’inizio di un saggio sulla *fictio legis*, scritto da Yan Thomas e pubblicato nel 1995. La finzione rientra tra le *operations du droit*, che costituiscono la macchina storica e le strutture logiche del diritto romano. A questo genere di invenzioni Thomas ha dedicato una serie di studi, durante gli ultimi due decenni del Novecento ed i primi anni del nuovo secolo⁸.

Ciascuna delle *operations du droit*, che egli analizza, mira a risultati pratici, vale a dire al disciplinamento dell’agire sociale.

Ciò implica un’elaborazione di immagini con la quale vengono definiti i fatti e i comportamenti oggetto di disciplina. Da ogni immagine tracciata si fa derivare la scelta delle conseguenze giuridiche. La costruzione delle immagini avviene attraverso norme autoritative, di vario genere (vedremo quali); oppure le immagini di comportamenti da cui discendono specifiche forme di trattamento giuridico vengono disegnate dalla *scientia iuris*, entro la dimensione casistica che le è propria. I giuristi offrono alla prassi soluzioni riferite a problemi controversi. Per far ciò interpretano le prescrizioni, le consuetudini, il pensiero degli *antecessores*. Le soluzioni diventano precedenti (da usare in futuro) e concorrono, nella loro pluralità, a formare la tradizione, spesso anche con divergenze tra l’uno e l’altro giurista. I disaccordi, i casi di *ius controversum*, animano un confronto ideale, che si svolge per un lungo tempo, attraverso le generazioni, dal II secolo a.C. fino ai primi decenni del III secolo d.C.

Il momento dell’applicazione del diritto, a partire dalle norme e dagli enunciati dei giuristi, si ha quando il giudice a sua volta costruisce un’immagine del fatto concreto che è davanti a lui, oggetto di una controversia da decidere. Egli ricollega quest’ultima immagine, formata nel vivo della prassi, ad una di quelle già presenti nelle prescrizioni autoritative o nella giurisprudenza. Da qui discende la decisione.

Dobbiamo guardare dall’interno ciascuna operazione che concettualizza il caso. Sia nelle norme, sia nel lavoro dei giuristi, la costruzione dell’immagine avviene sempre ad una certa distanza dai dati empiricamente rilevabili. Essa è il risultato di un procedimento selettivo e di una serie di verbalizzazioni dell’esperienza. Ogni operazione si colloca quindi su un terreno artificiale. Thomas spiega limpidamente questo carattere di fondo. I concetti giuridici, gli enunciati che li delincono, non si identificano con la vita. Sono strutture logiche autonome, che vengono elaborate ed usate per governare la vita. Studiare la loro produzione ed il loro funzionamento è una via per storicizzare le forme della regolazione giuridica e i poteri che la determinano.

⁷ Per il livello di generalità ed astrazione che la allontana dalla casistica, essa può essere riferita anche a procedimenti di epoca attuale, propri della normazione o dell’interpretazione.

⁸ Alcuni di essi sono stati ripubblicati da Marie Angèle Hermitte e Paolo Napoli: v. THOMAS 2011.

Nei testi normativi (*leges*, senatori consulti, editto del pretore) e soprattutto nella *iurisprudencia*, gli artifici sono spesso più pronunziati; lo iato tra le immagini e i dati empirici è più forte. La concettualizzazione dei casi può far sì che si traggano conseguenze generali e certe in base a singoli dati empiricamente rilevabili: da questi si desume l'immagine di una realtà verosimile (come avviene mediante la presunzione, di cui dirò tra poco). Casi diversi possono essere accomunati entro i medesimi concetti (e le medesime regole), in base alla somiglianza di alcuni tratti che si considerano costitutivi nelle situazioni messe a confronto. Oppure, la concettualizzazione può travestire i dati, può sostituire a ciò che si intende per vero una diversa rappresentazione. Quando appare questa drastica e consapevole *coupure*, allora siamo di fronte ad una finzione. "La finzione – chiarisce ancora Thomas – esige in primo luogo la certezza del falso [...] occorre che il falso non lasci alcun dubbio e che l'operazione di snaturamento sia assolutamente certa"⁹: occorre insomma che si attui una "sovversione del fatto"¹⁰.

Muovendo da queste parole così nette, che traggio dal saggio del 1995, mi propongo di affrontare tre temi, con vari esempi, relativi ai procedimenti di contraffazione del vero ed ai risultati giuridici che ne derivano.

Anzitutto, cercherò di fissare i lineamenti teorici delle finzioni antiche ed in base a questi la differenza rispetto al procedimento logico della presunzione ed a quello della similitudine (che sono vicini e che emergono parallelamente nelle fonti romane). In secondo luogo, esaminerò alcuni testi normativi, nei quali interviene una *factio*: la *lex Cornelia*, che inventa una successione fuori dalle regole consolidate; il senatorio consulto relativo alla figura eccezionale dell'usufrutto di danaro; il senatorio consulto neroniano, a partire dal quale si immagina un atto giuridico diverso da quello effettivamente compiuto, semplificando la disciplina dei legati; la clausola dell'editto pretorio sulla *bonorum possessio*, che modifica il meccanismo ereditario, e quella che introduce l'*actio Publiciana* (accompagnata da una corrispondente *exceptio*), determinando una novità duratura nel regime di circolazione dei beni. In terzo luogo, metterò in luce, attraverso la lettura di frammenti dei giuristi, come le finzioni si affermino o vengano meno nel tempo e come siano impiegate per realizzare obiettivi di politica del diritto. Gli esempi sono scelti per la loro capacità di svelare la logica interna del fingere ed il suo impatto nella pratica.

3. I presupposti della finzione

Il diritto può fondarsi sull'alterazione della verità, al pari del discorso retorico, che costruisce strategie persuasive anche in contrasto con i fatti, almeno quando può eluderne l'evidenza. Come già emerge dai testi retorici romani del I secolo a.C., ciò che si intende per vero è consi-

⁹ THOMAS 1995, 17 s., trad. it., 2016, 17 s.

¹⁰ Altra cosa è la narrazione da parte dei giuristi di casi immaginati e discussi a fini di esemplificazione, o per la costruzione di analogie: sono questi gli *exempla ficta* di cui parla Cicerone in *Top.* 10.45. Cfr. anche, a proposito di *quaestiones* non ricavate dalla prassi, ma sorte nell'elaborazione teorica, l'uso di *fingere* nel senso di "supporre un caso" (BIANCHI 1997, p. 28 ss. e nt. 54).

derato sullo stesso piano del probabile; ha bisogno degli stessi mezzi argomentativi per imporsi nel contrasto delle opinioni. Senza gli strumenti della retorica, *saepe veritas fidem non potest facere* (spesso la verità non è in grado di persuadere): così scrive intorno all'87 a.C. l'*Auctor ad Herennium*¹¹. L'assimilazione del vero al probabile apre uno spazio alla manipolazione dei fatti che si raffigurano; e questa viene usata in più campi teorici. La difesa ciceroniana dello scetticismo di Carneade, la tendenza a relativizzare le certezze stoiche rientrano in questa prospettiva¹². Il varco epistemologico tra verità e rappresentazione, che costituisce un tema della cultura ellenistica, è anche alla base delle finzioni giuridiche. Sia quando considerano irrilevante ai fini della regolazione e delle decisioni giudiziarie qualcosa che esiste; sia quando danno rilevanza a ciò che non esiste. Vale quindi per ogni *fictio* l'idea che il falso possa presentarsi come probabile: *teneatur modo illud non inesse in is quicquam tale quale non etiam falsum nihil ab eo differens esse possit*. . . : “purché si tenga presente che non vi è nulla nelle cose percepite che non possa essere falso, senza alcuna differenza”¹³.

¹¹ *Auctor ad Her.* 1.16. Si veda anche (1.3) la definizione di *inventio* (attitudine e pratica fondamentale per l'oratore). Essa si risolve in una sequenza logica che comprende sullo stesso piano le *res verae aut veri similes, quae causam probabilem reddant*.

¹² Si veda l'accurata trattazione in *Lucull. (Acad. II)* 31. 99-101: *Duo placet esse Carneadi genera visorum; in uno hanc divisionem, alia visa esse quae percipi possint < alia quae non possint, > in altero autem alia visa esse probabilia alia non probabilia. Itaque quae contra sensus contraque perspicuitatem dicantur ea pertinere ad superiorem divisionem, contra posteriorem nihil dici oportere [...].* Il fondamento della rappresentazione (*visus*) non è in discussione se essa si forma ed agisce nella sfera del probabile. Qui non operano i sensi né l'evidenza dei fatti. Perciò la tesi di Carneade è che vi siano rappresentazioni sganciate dalla percezione, eppure sottoposte all'approvazione dell'interlocutore, quindi alla persuasione, al gioco degli argomenti: *... Quare ita placere, tale visum nullum esse ut perceptio consequeretur, ut autem probatio multa*. Nel seguito del testo si afferma che la mescolanza di vero e falso, l'accettazione di ciò che è probabile e la possibilità che questo orienti la vita sono parte della natura. Cicerone dà spazio alla problematizzazione dell'ordine stoico (tema ricorrente nell'opera che si suole chiamare *Academica*, scritta nel 45 a.C.). Ne discende un'immagine del sapere in cui campeggia uno spiccato relativismo, che non è tuttavia la rinuncia a qualsiasi criterio di scelta tra le rappresentazioni. Torna utile qui il ricordo del pensiero di Arcesilao (*Academ. I*, 44), pensatore del III secolo a.C., che privilegiava l'εὐλόγον, il ragionevole, come termine di riferimento delle *probationes* e sostegno delle rappresentazioni. Un relativismo del genere non ha esiti distruttivi. È possibile orientare la vita in base ad esso. Vedi *Lucull. (Acad. II)* 31-99: *[...] Etenim contra naturam esset, < si > probabile nihil esset; sequitur omnis vitae ea quam tu, Luculle, commemorabas eversio. Itaque et sensibus probanda multa sunt, teneatur modo illud, non inesse in is quicquam tale quale non etiam falsum nihil ab eo differens esse possit – sic quidquid acciderit specie probabile, si nihil se offerret quod sit probabilitati illi contrarium, utetur eo sapiens, ac sic omnis ratio vitae gubernabitur. Etenim is quoque qui a vobis sapiens inducitur multa sequitur probabilia non comprehensa neque percepta neque adsensa sed similia veri, quae nisi probet omnis vita tollatur (ibidem, 99)*. È uno dei brani dai quali traspare in modo più netto il riconoscimento di un valore del probabile e delle costruzioni intellettuali che appaiono (sempre in base ad elementi non assoluti) prossime al vero. Ma il tema – come ho detto – torna più volte. Cicerone attraverso le discussioni sulla filosofia e sull'oratoria, con una consapevole apertura al pluralismo ed alla controvertibilità delle rappresentazioni (che riconosce nei diversi ambiti culturali del suo tempo).

¹³ *Cic., Lucull. (Acad. II)* 31.99 La rappresentazione è concepita come un *visus* che può prescindere dalla percezione. Cfr. *Cic., De nat. deor.* 1.12: *... multa esse probabilia, quae quamquam non perciperentur, tamen, quia visum quondam haberent insignem et illustrem, his sapientis vita regetur*. È ancora utile leggere le pagine di Pohlenz 1959, trad. it. 1967, rist. 1978, I, p. 97 ss., sulla presenza, già nel pensiero di Zenone, di una relazione tra rappresentazione (φαντασία = *visus*) e λόγος; entro questa relazione agisce l'assenso. Vedi *Cic., Acad.* 1.11.40-41: *... sed ad haec quae visa sunt et quasi accepta sensibus assensionem adiungit animorum, quam esse vult in nobis positam et voluntariam*. Se la conclusione del processo conoscitivo (e degli enunciati che lo esprimono) è la comprensione (κατόληψις), si deve immaginare l'assenso come un *genus* rispetto ad essa. Si veda la puntuale esposizione di MIGNUCCI 1965, p. 69 ss., spec. p. 74 e 76, sull'assenso vero, falso, debole, precipitoso. Quello debole è “corrispondente al livello di conoscenza opinativa”. Cfr. *Sext. Empiric. Adv. Math.* 7.151. Inoltre, “in ragione dell'assenso le rappresentazioni si distinguono in persuasive (πιθανά) e non persuasive (ἀπίθανά) e le prime sono quelle che ‘producono una lieve mozione dell'anima’, cioè conducono ad un assenso non costringente, mentre le seconde inducono a non concedere il proprio assenso”. Vi è dunque uno spazio aperto, nel quale la rappresentazione viene convalidata o assunta come problematica.

Il rapporto tra la falsa rappresentazione e il risultato utile che si collega ad essa è spiegato con chiarezza in un passo di Quintiliano, a proposito di *argumenta a fictione* nelle procedure della retorica:

Illud adiciendum videtur, duci argumenta non a confessis tantum sed etiam a fictione, quod Graeci καθ' ὑπόθεσιν vocant, et quidem ex omnibus isdem locis, quibus superiora, quia totidem species esse possunt fictae quot verae. Nam fingere hoc loco est proponere aliquid, quod, si verum sit, aut solvat quaestionem aut adiuvet, deinde id, de quo quaeritur, facere illi simile.

Mi sembra da aggiungere che le argomentazioni non si ricavano soltanto da dati incontestabili, ma anche dalla finzione che i greci chiamano ‘per ipotesi’ e precisamente da tutti gli stessi luoghi già sopra trattati, poiché vi possono essere tante specie finte, quante sono quelle vere. Infatti, fingere, in questo luogo¹⁴, significa proporre qualcosa che, se fosse vero, risolverebbe la questione o aiuterebbe a risolverla e significa quindi rendere il fatto di cui si discute simile a ciò che si finge¹⁵.

In questo spazio può collocarsi l’artificialità di rappresentazioni non rispondenti al vero, ma accettate. Sullo sfondo, opera un pensiero già maturato nella filosofia stoica, sia attraverso l’attenzione ai processi immaginativi, riconducibile a Crisippo, sia con il ragguaglio analitico circa le rappresentazioni vuote o distorte, che sembra provenire da Antipatro di Tarso, secondo un testo recentemente scoperto. Vedi in proposito Diog. Laert. 7.52 in *Stoicorum Veterum Fragmenta* II, 87, sulla costruzione degli “oggetti del pensiero”, ottenuta discostandosi da ciò che abbiamo davanti. Riguardo ad Antipatro, si deve ora considerare il *Papyrus Berolinesis*, edito da SZIMANSKY 1990, p. 139 ss., a proposito del quale vedi, con ampia critica testuale, CPF II.1, 2019, p. 6 ss. È anche da leggere lo studio di ALESSE 2018, p. 145 ss., spec. 150 s. e 162 s., con puntuali considerazioni sul concetto di rappresentazione, sull’assenso che è *in nostra potestate* e sulle rappresentazioni vuote o distorte. Vedremo tra poco come l’artificiale o il falso (di cui gli stoici avevano tracciato le condizioni in termini di teoria della conoscenza) venga innestato nei discorsi giuridici, poiché ritenuto utile. È qualcosa che interviene dall’esterno, imponendosi alla trattazione dei casi. Anche il richiamo all’uso della dialettica, in rapporto alla *scientia iuris*, che affiora più volte in Cicerone e trova un’eco – sia pure approssimativa – nei giuristi, presuppone un innesto simile: vale a dire una distanza tra l’*ars* (*extrinsecus adhibita*) ed il materiale che essa organizza. Cfr. Cic., *De orat.* 1.41.186: dopo l’esposizione delle *actiones* da parte di Gneo Flavio non vi sono stati giuristi *qui illa artificiose digesta generatim componerent*. Ancora più chiaramente Cic., *De orat.* 1.42.188: *...adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret...* La dialettica è applicazione al dato giuridico di reti concettuali che nascono fuori dal diritto. Esse non hanno un carattere assoluto né una rispondenza ontologica: servono a dare ordine alla materia (è il senso di *artificiose digerere*). Sull’uso della dialettica in rapporto ai singoli oggetti della conoscenza giuridica, si veda l’elogio di Servio in Cic., *Brut.* 41.152; ed ancora *De orat.* 1.42.188-191. Cfr. SCHULZ 1961, trad. it., 1968, p. 119 ss. e 130 ss. e vedi ora LOVATO 2021, p. 119 ss. Per un’indagine pionieristica intorno agli schemi dialettici introdotti nello *studium iuris* (e al servizio di questo), vedi ORESTANO 1959, rist. 1998, 1341 ss.

¹⁴ Si riferisce alla categoria generale *locus argumentorum*, cui è dedicato il capitolo 5.10 dell’*Institutio oratoria*. Essa rientra nella trattazione del libro quinto sulle *probationes*, suddivise in oggettive ed artificiali.

¹⁵ Quint., *Inst. orat.* 5.10.95-96. BRETONE 2001, p. 311 esclude, senza argomentare, che la *factio* retorica possa avere qualcosa in comune con la *factio* giuridica. A me sembra invece di vedere un’affinità tecnica, che nei due contesti corrisponde a scopi diversi. Meno chiara è l’esposizione in un altro testo quintiliano (*Inst. orat.* 6.3.61): *...Adhuc est subtilior illa ex simili translatio, cum, quod in alia re fieri solet, in aliam mutuamur. ea dicitur sane factio [...]* Sembra che in queste parole sia ripreso lo schema ciceroniano dell’*exemplum fictum*, descritto nei *Topica*, su cui vedi più avanti, p. 123 ss. Invece, attraverso il congegno logico che può trarsi dal primo brano quintiliano sopra citato (5.10.95-96), si suppone una manipolazione del caso, tale da aprire la strada ad una soluzione persuasiva della controversia. Osservo infine, sempre a proposito di Quintiliano, che nella *Institutio oratoria* affiora più volte la vocazione relativistica del discorso retorico. Costituisce per l’autore un problema, poiché rischia di introdurre un contrasto con la giustizia, con l’onestà dell’oratore. Su questo punto egli richiama Platone. *Ibidem*, 2.15.31: [...]
Doctores quoque eius artis parum idonei Platoni videbantur, qui rhetoricon a iustitia separarent et veris credibilia praeferrent; nam id

Gli esempi citati, tratti da Cicerone, riguardano *orationes*. La *factio* è un'ipotesi non vera, presa sul serio: qualcosa di simile ad un errore volontario, che diviene – si può dire – “fonte di verità giuridica”¹⁶. Essa è applicata ai fatti controversi, che vengono ricondotti a ciò che si finge. Inventare corrisponde ad uno scopo utile: vi è sempre – va sottolineato – un nesso tra la simulazione consapevole di dati non reali, e la finalità perseguita: sia essa la persuasione riguardo ad un caso, oppure la definizione di una disciplina giuridica oggettiva. Insomma, ogni volta che fingo, nel discorso retorico o nella *scientia iuris*, mi muovo “come se” l'ipotesi fosse vera e così raggiungo una soluzione.

Il medesimo congegno emerge – vedremo – da numerosi testi della *iurisprudencia*, ove la finzione opera all'interno del singolo caso e ne fissa alcuni aspetti, in vista di un trattamento giuridico derivante dalla rappresentazione scelta. Il passo di Quintiliano delinea un procedimento che è perfettamente convergente con le invenzioni dei giuristi.

Infine, a completare il quadro, va osservata la netta distanza teorica della *factio* da ogni forma di ragionamento induttivo. Ciò che si immagina è fuori dall'esistente.

Leggiamo nell'opera ciceroniana *De inventione*:

... *'Inductio' est oratio quae rebus non dubiis captat assensionem eius, quicum instituta est; quibus assensionibus facit, ut illi dubia quaedam res propter similitudinem earum rerum, quibus assensit, probetur...*

‘Induzione’ è il ragionamento che, mediante fatti non dubbi, cerca di ottenere l'assenso di colui al quale si rivolge; essa con questo tipo di assenso fa in modo che sia accettato dall'interlocutore un fatto dubbio, per effetto della similitudine con i fatti sui quali aveva manifestato il suo assenso...¹⁷.

Il fatto dubbio si interpreta e si comprende accostandolo a fatti già noti e sul cui significato vi è il consenso dell'interlocutore. Si ragiona quindi a partire dalla realtà¹⁸.

quoque dicit in Phaedro. Cfr. PLATO, *Fedr.* 267-272. Ribadisce tuttavia che l'eloquenza è diretta dall'utilità (2.13.6-7). E pone in risalto il parallelo relativismo della giurisprudenza, usando la categoria *ius controversum* (di cui la storiografia ha colto più volte la capacità euristica): *Inst. orat.* 7.6.1; 12.3.6; 12.3.8. Cfr. BRUTTI 2003, p. 403 ss.; 426 s.

¹⁶ Secondo la suggestiva sintesi di Fories 1974, p. 7 ss., nella quale tuttavia l'espressione “verità giuridica” indica il fine dell'operazione. Sull'intera materia si vedano le conclusioni di PERELMAN nello stesso libro del 1974, p. 339 ss.

¹⁷ Cic., *De inv.* 1.51.

¹⁸ È un modello che si ripropone più volte nella tradizione romanistica, come base delle *praesumptiones* (su cui resta fondamentale l'ampia trattazione di Alciato). Il meccanismo logico è elementare ed attiene sia all'accertamento sia alla qualificazione giuridica dei fatti. Si veda in proposito il quadro concettuale fissato da Robert-Joseph POTHIER 1761, II ediz. 1764, ediz. 2011, §§ 840-850, p. 408 ss. Questi, a sua volta, si ispira all'insegnamento umanistico, ponendo in primo piano la concisa definizione di Cuiacio, orientata in senso induttivo: “On peut définir la présomption, un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée d'une autre chose. Ces conséquences sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement: *Praesumptio ex eo quod plerumque fit*. Cujac. *in parat. ad tit. cod. de probat. et praes.* Par exemple, la loi présume qu'un dette a été payée, lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet, parceque communément et ordinairement le créancier ne remet au débiteur son billet qu'après le paiement de la dette”. Egli distingue tre categorie, lontane ormai dalla casistica dei giuristi romani, utilizzando gli scritti di umanisti come Alciato e Menochio: anzitutto, le presunzioni *iuris et de iure*, che non ammettono prova contraria (*super tali praesumptione* – queste le parole di Menochio citate da Pothier – *lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate*); in secondo luogo, le *présomptions de droit* (“elles

Un esempio giuridico di induzione (qualificato come *praesumptio*) può vedersi in un passo di Ulpiano:

Non est verisimile compulsus in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset: sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere

Non è verosimile che uno, il quale sosteneva di avere un rango elevato nella società, abbia versato ingiustamente, poiché pressato dalla violenza, a Roma, una somma indebita, mentre avrebbe potuto avvalersi della tutela pubblica e rivolgersi ad un magistrato, il quale certo avrebbe impedito che egli subisse la violenza; ad una presunzione di questo tipo egli deve opporre prove evidentissime della violenza subita¹⁹.

Un uomo potente sostiene di essere stato costretto ad un atto giuridico. Chiede che i suoi effetti siano cancellati e che il danno sia riparato. Dalla *clara dignitas*, che è una qualità certa e che solitamente costituisce uno scudo contro l'altrui sopraffazione, il giurista desume per induzione che non vi sia stata davvero una violenza. La vicenda si è svolta nell'urbe e l'uomo potente poteva facilmente rivolgersi ad un magistrato per bloccare la pressione illecita, fino a muovere eventualmente un'accusa penale. Perciò è inverosimile che sia stato *compulsus* e di conseguenza può essere respinta l'azione riparatoria *quod metus causa* o la richiesta di una *restitutio in integrum*²⁰. Questa è una *praesumptio*, fondata su dati empirici. La si può respingere solo attestando, con prove concrete ed inequivocabili, che davvero vi è stata una *vis*.

Secondo uno schema affine, Labeone – come risulta da una citazione di Paolo – giustifica la regola per cui l'ignoranza del diritto non può giovare a chi agisca *contra ius*. Evoca un contesto di eventi, tale da suggerire una condizione di non ignoranza almeno potenziale dell'interessato. Non ricorre, in questo ed in altri testi sullo stesso tema, la parola *praesumptio*. Ma la struttura logica sottostante è la medesima. Si esprime con formulazioni vicine alle massime che negano ogni giustificazione alla non conoscenza del diritto, quali ad esempio *si lex probi-*

n'excluent pas la partie contre qui elles militent, d'être reçue à faire la preuve du contraire; et si cette partie vient à bout de la faire, elle détruira la présomption"); in terzo luogo, le *présomptions qui ne sont pas établies par une loi*, dal funzionamento simile a quelle denominate *du droit*, ma introdotte dalla prassi relativamente alla valutazione delle prove. Nel *Code civil* del 1804 sono anzitutto definite le presunzioni in generale (art. 1349: "Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu"). Viene poi semplificata la partizione di Pothier: da un lato le *présomptions établies par la loi* (artt. 1350-1352), che non ammettono prova contraria; dall'altro le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, ma "sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat" (art. 1353). Il Codice civile italiano del 1865 segue la medesima impostazione e lo stesso fa il Codice del 1942, con qualche variazione linguistica.

¹⁹ Ulpianus 5 *opinionum*, D. 4.2.23 pr.

²⁰ CALORE 2011, 168 ss. e 412 ss.

*bet aliquid fieri non praesumitur ignorantia*²¹ e *nemo ius ignorare censetur*: enunciati discussi più volte nelle dottrine giuridiche moderne²².

Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.

Ma secondo Labeone si deve intendere che l'ignoranza del diritto non giovi se egli abbia la possibilità di rivolgersi ad un giureconsulto o sia comunque istruito dalla personale esperienza, in modo tale che l'ignoranza del diritto sia dannosa per lui che facilmente può conoscerlo; ma ciò è da ritenere che raramente avvenga²³.

L'*ignorantia iuris* non è una scusante per chi ha la possibilità di consultare un giurista o per chi può trarre conoscenze adeguate dalla vita pratica. Anche in questo caso, l'interessato è qualcuno che appartiene alle classi dirigenti, se prima di compiere un atto ha la possibilità di chiedere lumi ad un giureconsulto, oppure se ha una propria esperienza della vita della *civitas* che lo aiuta a non sbagliare. Tutto può essere chiarito dallo *studium iuris* e dalla conoscenza che i cittadini possono raggiungere.

Nerazio esprime in altra forma la convinzione che l'*error in iure* non possa giocare a favore di chi vi incorre. Il diritto – egli sostiene – non ammette incertezze, in quanto può e deve essere determinato come un terreno dai precisi confini²⁴. Questa posizione si allontana – credo – dal pensiero labeoniano, che non raffigura lo *ius* come un ordine prefissato e concluso, ma ne fa dipendere la conoscenza da due dati empirici di innegabile fluidità: la mediazione dei giuristi e la *prudentia* dei *cives*²⁵.

Sono all'incirca gli stessi menzionati in un passo di Pomponio. La *scientia*, che riguarda specificamente le modalità con cui si acquisisce il possesso dei beni ereditari, appartiene certamente ai giuristi, ma può essere raggiunta da chiunque: *quam per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores...*²⁶. Così, nei singoli casi, se ne desume l'esistenza.

²¹ ALCIATI 1548, col. 730.

²² Vedi su queste HUBERLANT 1974, p. 186 ss., spec. p. 191 s.

²³ Paulus *l. sing. de iuris et facti ignorantia*, D. 22.6.9.3.

²⁴ Ner. 5 *membranarum*, D. 22.6.2: *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

²⁵ Si vedano in questo senso le limpide pagine di SCHIAVONE 2017, p. 358 ss.: lo scostamento di Nerazio da Labeone è nel pensare lo *ius* come una "struttura ontologicamente compiuta". Vedi anche NAPPI 2005, p. 13 ss., con una discussione dei significati di *finitum* e della letteratura sul tema. Osservo che il punto centrale del testo è la frase *cum ius finitum et possit esse et debeat*. Il dovere di conoscere dipende dalla possibilità di racchiudere lo *ius* entro confini certi. È la sua conoscibilità ad escludere la giustificazione dell'errore. Mentre per l'interpretazione dei fatti non vale la medesima fiducia. Non è contemplata da Nerazio la mancanza di conoscibilità né l'ipotesi (avanzata da WINKEL 1985, p. 53) che a causa di questa mancanza l'errore possa essere scusato.

²⁶ Vedi Pomp. in Ulp. 49 *ad ed.*, D. 38.15.2.5. La frase che conclude il testo e che non ho trascritto è formalmente incicura e non aggiunge nulla al brano che ho citato.

Torniamo al parere di Labeone. Paolo, nel commentarlo brevemente (in D. 22.6.9.3), ne indica la fragilità. Gli sembra che i presupposti di fatto messi in luce dal giurista augusteo (*copiam iurisconsulti* e conoscibilità attraverso la diretta esperienza dello *ius*) raramente si verificano.

Eppure il giurista severiano, in un altro frammento, ammette che alla base dell'induzione vi sia proprio il bagaglio di conoscenze in possesso di ciascuno o accessibile attraverso la consultazione degli esperti. Segue perciò una scelta opposta.

Il caso è simile a quello su cui era intervenuto Pomponio. In particolare, Paolo ribadisce che l'*ignorantia iuris* riguardante il tempo previsto per l'*agnitio bonorum possessionis* non giova ed anzi reca danno a chi sia rimasto inerte²⁷. Il termine è di cento giorni, salvo che per i figli e i genitori del defunto, ai quali è concesso un anno²⁸. L'effetto della scadenza si produce necessariamente. Nella vicenda particolare descritta dal giurista, l'interessato dev'essere consapevole dell'apertura della successione e della propria condizione di *cognatus*; ma soprattutto è indispensabile che egli sia in grado di conoscere la relativa disciplina: *...satis est enim scire mortuum esse seque proximum cognatum fuisse copiamque eorum quos consuleret habuisse: scientiam enim eius non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat aut consulendo prudentiores adsequi potest*²⁹.

Dunque, il pensiero di Paolo non è univoco né possiamo dire quale posizione prevalga nella sua opera. Avanza una riserva sulla tesi labeoniana, ma in un altro enunciato torna a proporla. Forse gli sembra più difficile, tenendo conto della complessità normativa e dei momenti di disordine in età severiana, che ciascuno sia pienamente al corrente dello *ius* che cambia e che perde sicurezza³⁰.

All'ideologia della conoscibilità si ispira anche un'ulteriore concisa affermazione:

²⁷ Essa investe disposizioni che rientrano nel diritto pretorio.

²⁸ Vedi Ulp. 49 *ad ed.*, D. 38.9.1.1-7.

²⁹ Vedi Paul. 2 *ad Sab.*, D. 37.1.10. L'espressione *copiam eorum quos consuleret habuisse* echeggia le parole molto simili – *iurisconsulti copiam habere* – usate da Labeone. Cfr: Voci 1967, p. 634.

³⁰ In accordo con una costituzione di Antonino Caracalla, Paolo ritiene che per i militari la presunzione non possa valere. Condivide con il *princeps* una deroga rilevante, che riguarda il ceto meno versato nelle questioni di diritto, per la sua *simplicitas*, e più esposto al disordine, per la sua immersione nei conflitti interni. Vedi C. 1.18.1 (Imp. Antoninus A. *Maximo militi*): *Quamvis, cum causam tuam ages, ignorantia iuris propter simplicitatem armatae militiae adlegationes competentes omiseris, tamen si nondum satisfacisti, permitto tibi, si coeperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti* [a. 212]. Sconfitto in una lite e condannato, un *miles* chiede aiuto, dichiarando di non aver allegato elementi di prova rilevanti, in quanto non conosceva la disciplina da applicare. Evidentemente la richiesta è avanzata in un momento nel quale sono scaduti i termini per l'appello; altrimenti sarebbe questa la via da seguire per difendersi con nuove allegazioni. Il *princeps* gli consente di opporre prove ulteriori nel processo esecutivo, ove egli non potrebbe resistere adducendo a propria difesa motivi di merito. Sappiamo infatti che l'*actio iudicati* e la procedura esecutiva possono essere bloccate soltanto facendo valere la nullità della sentenza. Dunque per il destinatario del rescritto non vale la presunzione di conoscenza dello *ius*. La *simplicitas*, legata al mestiere che egli svolge, vale come scusa. Con una disposizione eccezionale gli viene consentito di utilizzare il processo esecutivo come se fosse un appello. Coerentemente, Paolo ammette anche in un altro caso lo stesso tipo di deroga a favore di un militare, vedi Paul. *l. sing. de iuris et facti ignorantia*, D. 22.6.9.1.

Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.
(La regola è che proprio l'ignoranza del diritto nuoce a chiunque, mentre l'ignoranza di un fatto non nuoce)³¹.

Nei frammenti di giuristi che abbiamo ora esaminato, l'induzione muove da situazioni empiricamente riconosciute (la *clara dignitas*, la *copia iurisconsulti*, l'esperienza diretta dello *ius* e la possibilità di determinare ogni sua disposizione). Inoltre, attraverso l'induzione si ricavano da ciascuna realtà osservata altrettante ipotesi di conseguenze verosimili; si ricollega alla *dignitas* l'accesso alla tutela giudiziaria; si desume dalla presenza pubblica di giureconsulti il sostegno alla conoscenza del diritto; e sulla possibilità di questa conoscenza si fonda il rifiuto di ogni giustificazione per l'*error in iure*.

A ben guardare, l'operazione che riconduce l'incerto al già noto è la stessa che costituisce il meccanismo della *similitudo*, anche questo ricondotto da Cicerone all'*inductio*.

...Sunt enim similitudines, quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt, hoc modo. Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio, quae graece ἑπαγωγή nominatur, qua plurimum usus est in sermonibus Socrates.

Esistono infatti similitudini che giungono, attraverso una pluralità di confronti, al fine cui aspirano, in questo modo. Se il tutore, il socio, il mandatario, il fiduciario sono tenuti a garantire la propria buona fede, vi è tenuto anche il procuratore. Questo procedimento che da più luoghi giunge al fine voluto si indica come induzione, detta in greco ἑπαγωγή, usata molto spesso da Socrate nei suoi discorsi³².

È il percorso che seguirà Giuliano, in una enunciazione famosa, riferita all'applicazione di previsioni normative nel concreto della giurisdizione. Le parole del giurista riassumono pratiche interpretative (legate al procedere retorico) che egli consapevolmente impiega.

Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

³¹ Paul. *l. sing. de iuris et facti ignorantia*, D. 22.6.9 pr. Subito dopo l'enunciato generale, vengono le eccezioni: i minori di venticinque anni, le donne. Poi, in D. 22.6.9.1., la deroga già citata per un *miles*. Sulla problematica dell'*ignorantia iuris* e sui testi esaminati, vedi ora la puntuale analisi di M. FRUNZIO 2021, p. 57 ss.

³² Cic., *Top.* 10.42 L'induzione può definirsi come dispositivo della continuità. Mentre la finzione comporta una cesura. Se ci soffermiamo per un momento sulle parole *perveniunt quo volunt*, riferite nel testo di Cicerone alle *similitudines*, vediamo come sia per lui centrale il fine del procedimento. L'espressione può agevolmente riferirsi alla strategia argomentativa propria del discorso retorico come a quella che interviene nei ragionamenti giuridici.

Non tutti gli aspetti particolari delle controversie possono essere compresi nelle leggi e nei senatoconsulti; ma quando una loro disposizione è chiaramente riferibile ad una determinata controversia, colui che è preposto alla giurisdizione deve estendere la disposizione a situazioni simili e così deve dire il diritto³³.

Il pretore procede *ad similia*, muovendo dal fatto per il quale è chiara la regolazione. Concettualizza il caso nuovo assimilandolo ad un caso precedente; o riconducendolo entro la previsione di una norma anteriore. L'analogia delle persone o delle cose rende possibile questa operazione: si induce dal passato qualcosa da proiettare sul presente. È lo schema descritto da Tertulliano:

Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

Quindi, poiché è ormai usuale che le leggi più antiche siano assorbite in quelle posteriori, si deve sempre pensare che sia quasi incluso nelle leggi il riferimento alle persone e alle cose che in ogni tempo saranno simili³⁴.

La continuità su cui si fonda la similitudine è come quella che connette le leggi nel tempo, in modo tale da conservare ciò che precedentemente era stato fissato. Traspare dal frammento l'idea che ogni possibile similitudine istituita con l'interpretazione sia implicita nel dettato delle leggi. Nulla di nuovo dunque.

Lo schema della finzione è invece alternativo ad ogni forma di *inductio*. Secondo Cicerone – lo vedremo tra poco – ha la stessa efficacia della similitudine, poiché introduce in una situazione problematica un ordine certo (come fa il ragionamento analogico, trasferendo la disciplina di

³³ Iul. 15 *dig.*, D. 1.3.12. Vd. BUND 1965, p. 76 ss. Questo autore ipotizza, riprendendo una congettura di LENEL 1889 (rist. 1960), I, col. 362 e nt.2, che Giuliano si sia riferito qui all'interpretazione estensiva di un divieto, espressa anche in Paul. 33 *ad ed.*, D. 18.1.34.7: *Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt*. Il divieto riguarda l'*emptio* ed il XV libro dei *digesta* di Giuliano tratta fra l'altro di *emptio venditio*. Non so se davvero il caso da cui nasce la generalizzazione giuliana sia proprio questo. Si può comunque rilevare nel testo di Paolo che la somiglianza delle situazioni citate ripercorre quella indicata nei *Topica* ciceroniani (10.42) come applicazione dell'*inductio*. Il confronto riguarda il tutore, il *procurator*, altri che gestiscono affari altrui. Sembra un luogo comune retorico, recepito dalla giurisprudenza. Tornando a Giuliano, si può ricordare un esempio di impiego rigoroso della similitudine nell'interpretazione di una norma antica: Iul. 5 *dig.*, D. 42.1.60. Il testo prende le mosse dal confronto tra un caso di alterazione febbrile di una delle parti in un processo, e l'immagine del *morbus santicus* (malattia grave, con manifestazioni di tipo epilettico). Lo schema di qualificazione era fissato nelle Dodici Tavole e da esso derivava il rinvio del giudizio, come conseguenza necessaria. Secondo il giurista, ogni alterazione febbrile, purché comporti *impedimentum*, può essere ricondotta alla medesima norma. Mi sono occupato molti anni fa di questo frammento ed ho tratto spunto da esso per mettere in luce il ricorso frequente di Giuliano alla *similitudo* (vedi BRUTTI 1973, p. 460 ss.).

³⁴ Tert. 1 *quaest.*, D. 1.3.27.

un caso ad un altro che si ritiene somigliante e perciò disciplinabile allo stesso modo)³⁵. Ma la qualificazione giuridica ed il trattamento che si applica al caso da regolare non nascono dalla rilevazione di dati empirici solidamente circoscritti. Al contrario, le finzioni si impongono sulla realtà. Rappresentandola, ne modificano i connotati³⁶.

Nei puri discorsi retorici, le immagini servono – come ho già osservato – alla persuasione. L'*orator* può inventare fatti ed iperboli o può operare, modellando concettualmente l'oggetto della controversia, una *reductio ad absurdum* delle tesi avversarie. Ma nel ragionamento del giurista con quali forme intervengono le invenzioni? Il contesto impone un uso più ristretto, un argomentare più controllato, in relazione ad enunciati che mirano all'oggettività e che avranno un effetto di regolazione delle condotte. Vediamo come.

Sappiamo che il breve trattato ciceroniano dei *Topica* è dedicato a Trebazio Testa, *iuris interpres*³⁷. Rivolgendosi a lui e a quelli che praticano la sua stessa scienza, Cicerone prospetta un uso possibile di *exempla ficta*, riguardanti specificamente lo *ius* ed applicabili dai giuristi.

Ficta etiam exempla similitudinis habent vim; sed ea oratoria magis sunt quam vestra, quamquam uti etiam vos soletis, sed hoc modo. Finge mancipio aliquem dedisse id quod mancipio dari non potest. Num idcirco id eius factum est qui accepit? aut num is qui mancipio dedit ob eam rem se ulla re obligavit? In hoc genere oratoribus et philosophis concessum est ut muta etiam loquantur, ut mortui ab inferis excitentur, ut aliquid quod fieri nullo modo possit, augendae rei gratia dicatur, quae ὑπερβολή dicitur, aut minuendae, multa alia mirabilia. Sed latior est campus illorum. Eisdem tamen locis, ut ante dixi, et in maximis et in minimis quaestionibus argumenta ducuntur.

Anche gli esempi fittizi hanno la forza della similitudine; ma interessano più gli oratori che voi, sebbene anche voi ne facciate uso solitamente, sia pure in questa forma misurata. Immagina che qualcuno abbia dato in mancipio una cosa che non si può dare in mancipio. Forse per questo essa diventa propria di chi la riceve? O forse colui che la diede in mancipio si è per questo obbligato in qualche modo?³⁸. In questo genere di discorso si concede ad oratori e filosofi di far parlare cose prive di parola, di evocare i defunti dagli inferi, di affermare qualcosa che non è in alcun modo possibile, per esagerare un'argomentazione, che viene denominata iperbole, o

³⁵ Questo trasferimento è evocato anche da Quint., *Inst. orat.* 6.3.61, che ho citato sopra, nt. 15. Ma negli usi giuridici è la finzione a trasferirsi entro il caso in discussione e non viceversa.

³⁶ Questa differenza è già colta lucidamente da ALCIATI 1548, col. 727: *...Nam cum fictio est adversus veritatem, in hoc distat a praesumptione, quae fundatur in veritate, quia lex ita praesumit. Et propterea contra fictionem legis non admittitur aliqua probatio, quod veritas aliter se habeat, ex quo proprie illa inducitur contra veritatem.* Il termine *probatio* è usato dall'umanista in senso giuridico. Non possono essere portate prove nella controversia contro la *fictio legis*, in base alla quale si concettualizza e si giudica il caso.

³⁷ Cic., *Top.* 1.4.

³⁸ La formulazione delle due proposizioni interrogative, entrambe introdotte dall'avverbio *num*, è tale da sottintendere risposte negative.

per sminuirla, e molto altro di strabiliante. Ma il loro campo è più vasto. Tuttavia dagli stessi luoghi, come ho già detto, si traggono gli argomenti sia per le questioni più grandi sia per quelle minime³⁹.

Il significato di *exemplum* era fissato già nel *De inventione*, ove sottintendeva l'idea della comparazione.

'Comparabile' autem est, quod in rebus diversis similem aliquam rationem continet. 'Eius partes sunt tres': 'imago', 'conlatio', 'exemplum'. 'Imago' est oratio demonstrans corporum aut naturarum similitudinem. 'Conlatio' est oratio rem cum re ex similitudine conferens. 'Exemplum' est, quod rem auctoritate aut casu alicuius hominis aut negotii confirmat aut infirmat. Comparabile è ciò che determina una considerazione simile in situazioni diverse. Si suddivide in tre parti: 'immagine', 'parallelismo', 'esempio'. 'Immagine' è il discorso che dimostra la somiglianza dei corpi o delle nature. 'Esempio' è quello che rafforza o infirma qualcosa ricorrendo all'autorità o ad un caso relativo ad una persona o ad un'attività⁴⁰.

Si introduce l'esempio per sorreggere o mettere in dubbio una tesi o un'argomentazione. Quindi, esso viene costruito in una forma confrontabile con l'oggetto del discorso che si sta conducendo. Può esprimere il richiamo ad un'autorità (ricavato per induzione da altre situazioni). Oppure può consistere in un caso riguardante una persona o un atto. Quando l'*exemplum* è finto, non è ricavato da dati empirici; è piuttosto uno schema ideale pensato in funzione della tesi da sostenere⁴¹.

La spiegazione dei *Topica* ci parla di un *exemplum* immaginato in tema di diritto delle cose. Se una *res* non alienabile mediante *mancipatio* è stata posta come oggetto di questo atto, non vi è alcun effetto: la proprietà non viene trasferita e l'alienante non è tenuto ad alcuna garanzia. Nel ritualismo che è proprio della *mancipatio*, l'ipotesi di un suo uso per *res* non comprese

³⁹ *Top.* 10.45.

⁴⁰ Cic., *De inv.* 1.49.

⁴¹ Il ricorso ad *exempla ficta* si scorge in un famoso frammento di Alfeno Varo (6 *dig.*, D. 5.1.76). Riassumo il problema giuridico. Una volta effettuata la *litis contestatio* e accettata la formula dalle parti, se i componenti del collegio giudicante cambiano (avendo addotto fondate ragioni di esonero), si può sostenere che il collegio dei giudici sia sempre lo stesso e che la situazione controversa seguiti ad essere la medesima (*eadem res*), oppure siamo di fronte ad un'altra lite, per la quale è necessaria una nuova *litis contestatio*? La risposta è che non si configura un nuovo collegio giudicante e la lite rimane la stessa. Il giurista propone esempi ideali in base ai quali deduttivamente sostiene la propria soluzione. In primo luogo la *legio*: cambiano i componenti, ma la sua identità rimane ferma; in secondo luogo il *populus*, che permane ugualmente nella sua identità; in terzo luogo la nave, che si considera la medesima, anche se le sue tavole sono sostituite; in quarto luogo il corpo umano, le cui *particulae* cambiano, ma che rimane lo stesso (vi è qui un'eco della filosofia atomistica e forse una *reductio ad absurdum* della tesi di un mutamento del *iudicium* con il cambiare dei giudici: se applicata all'uomo, questa comporterebbe la perdita della identità di ciascuno). La struttura retorica (il caso finto da cui dedurre una conclusione utile) è la stessa tracciata da Cicerone ed è funzionale, nel testo, alla risoluzione del problema giuridico. Sul frammento di Alfeno vedi TURELLI 2019, p. 61 ss., spec. 89; e TURELLI 2020, p. 125 ss., con osservazioni che condivido.

nell'elenco tassativo a cui il modello si riferisce appare giuridicamente irrilevante. Non solo la proprietà non si trasmette, ma non vi è comunque alcun obbligo a carico dell'alienante.

Il testo fissa una rigida delimitazione ed è probabile che ciò serva a spiegare la disciplina di un caso comparabile. Verosimilmente, si tratta della trasmissione delle *res nec Mancipi*. Solo la consegna informale, che abbia alle spalle una *iusta causa*, assegna il *dominium* sulle *res nec Mancipi*. Evocando l'esempio finto (non rilevabile nella prassi) di un atto mancipatorio riferito a questo genere di *res*, si afferma che esso non può produrre il passaggio di proprietà. Né l'atto solenne può funzionare come vendita, con un obbligo di garanzia a carico del *mancipio dans*. In base a queste esclusioni si definisce il ruolo della *traditio*, quale unico atto traslativo in relazione alle cose che non rientrano tra i mezzi adibiti alla produzione agraria⁴². Mi sembra che questo sia il tema evocato da Cicerone⁴³.

L'esempio è esterno al caso in discussione. Può essere confrontato con esso; non agisce sulla sua immagine, non introduce nella rappresentazione elementi nuovi ed inventati. Cicerone prospetta un uso argomentativo dell'*exemplum fictum*, volto ad illustrare un segmento di disciplina delle *res*. Nei discorsi dei giuristi, invece, le norme e le interpretazioni che usano la *fictio* seguono di solito una tecnica diversa (e, per così dire, più spregiudicata): inventano con la *fictio* elementi decisivi, che si immaginano interni al caso da disciplinare.

Secondo il passo dei *Topica*, gli oratori e i filosofi possono andare molto oltre nelle finzioni, fino a fantasticare di fatti in nessun modo realizzabili, spaziando ampiamente fuori dalla pratica. Mentre gli *interpretes iuris* coltivano un terreno più ristretto. Nel descrivere il loro lavoro, Cicerone è consapevole delle differenze rispetto alla retorica. Ma entrambi i saperi, ciascuno per le proprie finalità, traggono argomenti dai *loci*: vale a dire da modelli di discorso che precedono le operazioni concrete ed hanno un'autonomia logica. La finzione rientra tra questi ed è finalizzata al raggiungimento di un esito normativo. Per le prescrizioni e per la *iurisprudencia* ciò avviene volta a volta – come mostrerò – attraverso la costruzione di un aspetto fittizio entro l'immagine di un caso, al fine di applicare ad esso una disciplina che altrimenti non avrebbe spazio⁴⁴.

4. La *lex Cornelia* e la cancellazione dei fatti

Più volte le finzioni sono disposte mediante *leges*. Come esempio di questo tipo di normazione, mi occuperò della *lex Cornelia* (emanata tra l'84 e l'81 a.C.), che tratta la successione nei beni del *captivus* (il termine designa colui che è stato catturato dal nemico). Lo sfondo storico

⁴² Invece, l'atto informale può essere usato anche per la circolazione delle *res Mancipi*, costituendo secondo il diritto pretorio un potere su queste *res* simile al *dominium*, ma fondato su una *fictio* e non su un'analogia. Vedi più avanti, p. 146 ss.

⁴³ Perplessità sul testo sono espresse da WATSON 1968, p. 18 s. Egli ritiene poco credibile che in un momento di sviluppo del diritto la *mancipatio* di una *res nec Mancipi* sia priva di qualsiasi effetto. Ma è proprio questo che Cicerone afferma con l'*exemplum fictum*: è una sorta di sbarramento all'uso della *mancipatio* fuori dalle sue coordinate formali e storiche.

⁴⁴ Nel discorso giuridico vi è quindi un significato peculiare, di ampia applicazione, diverso da quello per cui *ingere* significa semplicemente tracciare un caso o formulare una *quaestio* ("supporre una qualche fattispecie ipotetica" secondo l'espressione di BIANCHI 1997, p. 29 s. e nt. 54). Una simile formulazione teorica è propria dei dibattiti di scuola. Ai quali potrebbe essere collegato l'*exemplum fictum* dei *Topica*.

è il decennio degli anni Ottanta nel I secolo a.C., che ha visto il *bellum sociale* combattuto in Italia e la guerra mitridatica lungo i confini della provincia romana dell'Asia. La legge continuerà ad essere applicata a lungo ed è illustrata in alcuni testi della giurisprudenza. Li leggerò tra un momento, per individuare il senso dell'operazione normativa ed al tempo stesso l'interpretazione che ne è derivata.

Vediamo in proposito un frammento tratto dai *Digesta* di Giuliano. Siamo nei primi decenni del II secolo d.C. e la legge è pienamente operante, sebbene il meccanismo della *rogatio* davanti alle assemblee popolari (i *comitia*) sia ormai da molto tempo desueto. L'ultima *lex comiziale* risale agli anni tra il 96 e il 98 d.C.⁴⁵; ma le prescrizioni del passato continuano ad essere vive e capaci di espandersi nell'*interpretatio iuris*. Giuliano scrive:

*Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. quare servus heres scriptus, ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit*⁴⁶.

Il senso è chiaro. La finzione cancella la cattura. La morte del prigioniero, avvenuta quando egli aveva subito una *capitis deminutio maxima* per la perdita della libertà, diventa la morte di un uomo libero. Una volta caduto nelle mani del nemico, egli non era più *dominus* dei propri beni e ciò sbarrava la strada alla successione (secondo lo *ius civile*). Invece la *lex* costruisce un'immagine dei fatti che occultata la cattura, retrodatando la morte del *pater* in un momento nel quale era ancora libero e *sui iuris*. Da questa immagine discendono le conseguenze giuridiche di solito inerenti all'assegnazione dell'*hereditas*. Nel caso che il giurista ha descritto, il servo risulta automaticamente affrancato (*seu velit seu nolit*) e riceve i beni che sono per lui disponibili. Lo stesso esito vale per il *filius familias*, se il testamento non contiene una diseredazione. Sappiamo infatti che lo *ius civile* qualifica il figlio *heres suus* ed egli è destinato ad acquisire l'eredità, senza bisogno di un atto di accettazione. Secondo la disciplina della successione, ciò può avvenire soltanto in quanto l'uno e l'altro siano stati sotto la *potestas* del padre al momento della sua morte.

Ma la realtà su cui la legge incide è diversa. Sia al servo sia al figlio vengono quindi riferite false qualificazioni (*heres necessarius, heres suus*). Giuliano è conscio della contraffazione.

In un altro frammento della stessa opera, egli delinea la medesima immagine: l'eredità si assegna considerando non avvenuto il fatto della cattura⁴⁷. Più tardi Paolo ed Ulpiano torne-

⁴⁵ Vedi BRETONE 1982, p. 30 ss.

⁴⁶ Iul. 42 *dig.*, D. 28.1.12. Vedi FALZEA 2002, p. 125 s.: la legge opera una finzione realtiva al fatto: l'alterazione degli effetti è indiretta. Il modello romano, così individuato, è riferibile, secondo l'autore, anche alle normazioni moderne.

⁴⁷ Vedi Iul. 62 *dig.*, D. 49.15.22 pr.: *Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint, ad eos pertinent ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent: idemque ius*

ranno a discutere la legge, collegando la conferma del testamento all'ipotesi inventata che il testatore sia morto libero nella *civitas*⁴⁸. Ipotesi che Ulpiano prospetta anche per il solo fatto del non ritorno. Inoltre, la stessa *fictio legis*, con la quale si immagina la morte prima della cattura, viene ugualmente applicata all'*hereditas ab intestato*⁴⁹.

Come valutare il procedimento che i giuristi descrivono? Credo che la falsità si giustifichi per gli effetti che produce. La legge è volta alla protezione del meccanismo successorio. A questo scopo crea un'immagine artefatta. I beni sono nel territorio ove si applica il diritto di Roma; la comunità familiare, ora privata del *pater*, è qui. Fingere serve a garantire la trasmissione dei beni. E genera un'innovazione rispetto alla disciplina anteriore alla *lex*. Quei beni non restano vacanti e privi di un *dominus*, non vanno all'*aerarium populi Romani* o al *fiscus*, ma si trasmettono secondo le regole del diritto privato⁵⁰.

Nei casi segnalati, ciò che viene tutelato con la *fictio* è soprattutto la volontà del testatore. Il rispetto di questa volontà coincide con la continuità dell'economia familiare. Nel primo frammento di Giuliano, che ho citato, sono indicati chiaramente gli attori di questa

in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constitueretur, in hostium potestatem non pervenissent ("I beni di coloro che siano caduti sotto il potere dei nemici ed in questa condizione siano morti, sia che avessero la capacità di fare testamento sia che non la avessero, appartengono a coloro ai quali sarebbero appartenuti se non fossero caduti in mano nemica; e la legge Cornelia stabilisce che lo stesso diritto si applichi a tutte le cose, con la stessa condizione che si sarebbe realizzata, se coloro delle cui eredità e tutele si era disposto, non fossero stati assoggettati dai nemici"). Il *captivus* ha lo stesso trattamento che avrebbe il non catturato. Un fatto rilevante e cruciale nella vita del *pater* (come è il declassamento che gli toglie ogni capacità giuridica) si dà per non avvenuto. Viene imposta un'*eadem causa* in situazioni di fatto nettamente differenziate. La finzione colma la distanza.

⁴⁸ Vedi su questo punto Paul. *l. sing ad legem Falcidiam*, D. 35.2.1.1 e Ulp. 12 *ad Sab.*, D. 38.16.1 pr. Cfr. BIANCHI 1997, p. 356 ss. Troviamo invece un'altra ipotesi, introdotta dall'avverbio *quasi* ed ugualmente non rispondente ai fatti, in Ulp. 35 *ad Sab.*, D. 49.15.18: *...qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*. Il mancato ritorno viene equiparato alla morte. Se questa coincide con il momento della cattura, non vi è spazio per la *capitis deminutio maxima*, che chiude la strada alla successione.

⁴⁹ Vedi VOCI 1963, p. 557 s. Si tenga presente ancora Ulp. 12 *ad Sab.*, D. 38.16.1 pr., nel quale alcune figure sono ricondotte in via analogica alla categoria di coloro che muoiono senza testamento (ad esempio coloro il cui *testamentum* è *ruptum vel irritum*, oppure colui che non aveva la capacità di testare). Di tutti questi il giurista dice: *pro intestatis accipere debemus...*, e poi indica come intestato *eum quoque qui ab hostibus captus est...* Anche ai catturati che non abbiano lasciato un testamento, si applica la finzione: *...per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset...* Il riferimento così generale alla *successio* è in grado di comprendere i due tipi di eredità. Nello stesso senso, Tit. Ulp. 23.5: *...lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset*. Del resto, l'estensione della *lex Cornelia* ai casi di *hereditas ab intestato* già si desume da Iul. 62 *dig.*, D. 49.15.22 pr. Quando il giurista descrive il caso della cattura e della morte di cittadini presi come *captivi*, distingue una duplice ipotesi: *sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint*. Mi sembra chiaro che egli prevede da un lato un testamento valido di cui si salvano le disposizioni attraverso la *fictio*, dall'altro un testamento *irritum*, che non ha effetti, lasciando in campo soltanto la prospettiva di una *hereditas ab intestato*. A questa viene applicata la *lex Cornelia*. Riguardo alla posizione giulianea vedi WOLFF 1941, p. 137 e BIANCHI 1997, p. 357 s. e 360 ss. (sulla tesi che restringe la *fictio* al caso del testamento e sulle ipotesi circa la generalizzazione, da Giuliano in avanti).

⁵⁰ Vedi Iul. 62 *dig.*, D. 49.15.22.1: *...quod si nemo ex lege Cornelia heres extiterit, bona publica fient...* Il testo stabilisce una connessione con il *postliminium* (un rimedio a carattere restitutorio, per cui il cittadino che torna dalla prigionia presso i nemici viene reintegrato nella libertà e nella condizione personale anteriore alla cattura). I beni che egli riacquista con il ritorno sono gli stessi che, dopo l'assoggettamento al nemico entrano nella successione in base alla *lex Cornelia*. Il meccanismo di reintegrazione, che interviene per chi esce dalla *captivitas* e torna, rassomiglia molto – nell'ottica dei giuristi – alla finzione. Nello stesso contesto, Giuliano (D. 49.15.22.2) scrive: *...nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse...* La forma verbale *existimatur* esprime la manipolazione dei fatti: questa si realizza immaginando che la cesura intervenuta con la *captio* sia rimarginata ed occultata per effetto del *postliminium*.

continuità: lo schiavo affrancato che eredita; il *filius* che diventa *pater* ed eredita a sua volta. Quest'ultimo è partecipe delle attività produttive e degli scambi economici che ne derivano; è titolare della *potestas* sui sottoposti (figli e servi) nonché dello *ius patronatus* sui liberti, dai quali ottiene prestazioni di forza lavoro e di servizi. Resta in piedi così un centro di interessi, attivamente operante nei rapporti sociali, che in assenza della finzione sarebbe stato azzerato e che coincide con la struttura familiare, attraverso la quale durante tutto il principato si trasmettono ricchezze e status, si organizzano la produzione e la proprietà, si promuove la circolazione delle merci. A maggior ragione, la struttura familiare viene salvaguardata ove manchi il testamento⁵¹.

La vicenda successoria, che la *fictio* protegge, può anche attuarsi attraverso la designazione di eredi estranei e con la *exheredatio* dei *fili*. Così la continuità del patrimonio si sgancia dalla continuità familiare. L'*heres extraneus* dispone dei beni che facevano capo al *pater* defunto ed acquista una parte del suo potere sociale; diventa *dominus* dei servi ereditari, *patronus* dei liberti. Con un effetto di mobilità delle ricchezze.

In tutti questi casi, comunque, là dove la guerra espone i *patres* al declassamento, la *lex Cornelia* realizza l'obiettivo di conservare il patrimonio ereditario entro la sfera dello *ius privatum* e delle *utilitates singulorum*. Ciò avviene attraverso una falsa rappresentazione della vita⁵².

5. Un senatoconsulto in tema di usufrutto

Prendiamo ora un altro genere di norma: un senatoconsulto, intervenuto a modificare la disciplina dell'usufrutto e più volte menzionato dai giuristi. La datazione non è certa, ma si può avanzare al riguardo – come vedremo – un'ipotesi credibile. Dai frammenti che citerò trapassare un dibattito aperto nell'ambito della giurisprudenza, con voci diverse, che muovono da una constatazione comune: i dati empirici considerati dal *senatusconsultum* non corrispondono

⁵¹ Sulla funzione sociale della *familia* e sulla continuità economica nelle successioni (aspetti fattuali da collegare all'analisi giuridica), vedi SALLER 1997, p. 3 ss.; e già nella medesima prospettiva GARNSEY, SALLER 1983, tr. it. 2003, p. 153 ss.

⁵² Un'altra *fictio legis*, che mostra la stessa spregiudicatezza, riguarda gli schiavi affrancati al di fuori delle forme manumissorie previste dallo *us civile*. Vedi in proposito Gai. 3.56. Essi erano esposti alla *vindicatio in servitutum*; la loro libertà era giuridicamente insicura. Il pretore li tutela, riconoscendoli di fatto come liberti; ma la tutela è inadeguata, poiché non sono padroni dei loro patrimoni, che appartengono invece ai *patroni*: *...unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est*. La *lex Iunia* (agli inizi del I sec. d.C.) interviene fingendo che essi siano nati liberi e che, recatisi da Roma nelle colonie latine, abbiano assunto lo *status* di *Latini coloniarii*, con qualche modificazione e limitazione, per cui si parla specificamente di *Latini Iuniani*. La *fictio* insomma costituisce una nuova categoria di uomini liberi. L'affinità con la *lex Cornelia* mi sembra costituita dal fatto che l'immagine della vita di determinate persone sia fortemente artefatta. Nel caso dei *captivi* si giunge a spostare il momento della morte. Per i servi affrancati senza le formalità prescritte, si inventa uno *ius civitatis* del tutto artificiale, senza alcun legame con i territori latini evocati nella qualificazione legislativa. Vedi al riguardo TODESCAN 1979, p. 31 ss.; BALESTRI 1985, p. 197 ss.; BIANCHI 1997, p. 374 ss. Ricordo che analogamente incidono su immagini giuridiche relative alla vita anche altre finzioni pretorie o giurisprudenziali: la *fictio civitatis*, con la quale si estendono ai *peregrini* l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio furti* (Gai. 4.37, su cui vedi BIANCHI 1997, p. 304 ss.); l'*actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse* (Gai. 4.38, su cui vedi ALBANESE 1979, p. 340 ss.; BIANCHI 1997, p. 324 ss.).

all'immagine tradizionale dell'usufrutto. Questa tuttavia viene tenuta ferma nella norma. In contrasto con l'evidenza.

Secondo la consuetudine e l'*interpretatio iuris*, l'*usus fructus* è un potere che si esercita su una cosa altrui: *ius in re aliena*.

Leggiamo la definizione di Paolo:

Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

L'usufrutto è il diritto di usare le cose altrui e di trarne utilità, purché la loro sostanza rimanga salva⁵³.

La cosa, attraverso il permanere della sostanza, conserva un'identità. L'usufruttuario, al momento della costituzione dell'usufrutto, promette con la *cautio fructuaria* che userà il bene, traendone utilità e frutti, *arbitratu boni viri*: secondo il giudizio di un uomo onesto, cioè applicando criteri di correttezza, la cui osservanza dovrà essere valutata dal giudice, nel processo aperto con l'*actio ex stipulatu*, nata dalla *cautio*⁵⁴. Il rispetto della *substantia* e l'*arbitratu boni viri* sono intimamente connessi. Il primo è una specificazione del secondo.

L'usufrutto non può riferirsi alle cose consumabili. Queste si esaurirebbero attraverso la fruizione. Allo stesso modo non può riferirsi al danaro né ad altre cose fungibili (cioè identificate in base al genere e alla quantità o alla misura: centomila sesterzi, un quintale di grano, cento litri di olio). Come può esservi una sostanza intatta, se l'uso incide sulla cosa fino a modificarne l'identità? L'impiego del danaro, sia pure attraverso investimenti, può portare ad una sua diminuzione. L'olio ed il vino, se usati, finiscono⁵⁵.

Ma una linea normativa diversa dal modello tradizionale emerge da vari frammenti di Giuliano, Pomponio e Gaio. Questi autori (operanti tra Adriano e gli Antonini) danno per scontata l'applicazione dell'*usus fructus* alle cose consumabili e al danaro. Mentre Giuliano delinea il caso di una quantità di danaro su cui viene costituito un usufrutto, ma senza spiegare come ciò sia divenuto possibile⁵⁶, Pomponio e Gaio menzionano un senatoconsulto che ha regolato la nuova prassi⁵⁷. Una svolta normativa, di cui non sappiamo molto.

Tutte le fonti che vi si riferiscono indicano come veicolo dell'innovazione il legato: una disposizione testamentaria diversa dall'*institutio heredis*, con la quale si stabilisce un acquisto a carico dell'eredità e a favore di una persona determinata.

⁵³ Paulus 3 *ad Vitellium*, D. 7, 1, 1.

⁵⁴ Sulla *cautio* obbligatoria, trattata da Cassio, da Nerazio, da Marco Aurelio, da Ulpiano, vedi Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7.1.7.3; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.1.13 e D. 7.9.12; C. 6.54.7 (Imp. Alex. A. *Proculiano* – a. 225).

⁵⁵ Vedi in proposito la regola citata come esempio di *argumentum ex contrario* in Cic., *Topica* 3.17: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usum fructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est.*

⁵⁶ Iulianus 35 *digestorum*, D. 7, 5, 6. Vedi più avanti, p. 131 e nt. 66.

⁵⁷ Vedi SALAZAR REVUELTA 1999, p. 117 ss.

Tra i giuristi del II secolo, che discutono la norma, cito anzitutto il passo di Pomponio. Al centro del caso vi è un legato di usufrutto che investe anche il danaro e dal quale bisogna dedurre quanto dovuto ai creditori.

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.

In base ad un legato di usufrutto dei beni, i debiti devono essere detratti dall'insieme delle cose, giacché, dopo il senatoconsulto, non vi è alcuna cosa che non possa essere compresa nel legato di usufrutto⁵⁸.

A sua volta Gaio tratta il caso specifico del danaro, che può essere dato all'usufruttuario, con la promessa da parte sua di restituirlo.

Sed de pecunia recte caveri oportet his a quibus eius pecuniae usus fructus legatus erit...

Per quanto riguarda il danaro, è necessario che vi sia una *cautio* a favore di coloro a carico dei quali l'usufrutto di danaro è stato legato...⁵⁹.

Sul punto, va detto che Gaio non considera affatto normale l'estensione del diritto *in re aliena* fino alla *pecunia*. Introduce infatti (ed è solo lui ad impiegarlo) il concetto di *quasi usus fructus*⁶⁰. Ecco la finzione⁶¹.

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.

Da questo senatoconsulto non derivò che vi potesse essere propriamente un usufrutto del danaro (ed infatti la ragione naturale non avrebbe potuto essere modificata dall'autorità del senato), ma con l'introduzione del rimedio <previsto dal senatoconsulto>, si cominciò ad avere quasi un usufrutto⁶².

⁵⁸ Pomp. 5 *ad Sab.*, D. 35.2.69. Il testo di Pomponio riflette, con ogni probabilità, l'assetto definito nel senatoconsulto. Non vi è nella norma un riferimento alla *fictio*, ma soltanto una visione più ampia (quindi innovativa) dello *ius in re aliena*, data la eterogeneità dei beni compresi nel legato di usufrutto.

⁵⁹ Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 7.5.2 pr. Qualcosa non torna nella forma del testo. A proposito della *cautio* – promessa con la quale il *fructuarius* si obbliga a restituire la somma ricevuta – non è detto chiaramente che essa è prestata dal legatario a favore dell'erede. Ma il senso originario non può che essere questo. Sul senatoconsulto vedi anche Tit. Ulp. 24, 27.

⁶⁰ Sarà poi ripreso dalle *Istituzioni* di Giustiniano. Cfr. Inst. 2, 4, 2.

⁶¹ Gaio disegna teoricamente l'innovazione senatoria come una *fictio*. Il procedimento nasce in questo caso dall'*interpretatio*; non risulta esplicitato nella prescrizione autoritativa, ma è un modo appropriato per coglierne la singolarità rispetto allo *ius civile* consolidato.

⁶² Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 7.5.2.1. Cfr. THOMAS 1995, trad. it. 2016, 51 s.

La ragione naturale ci appare concepita come un limite alle deliberazioni dell'autorità politica. Il richiamo è retorico: suggerisce agli interlocutori l'idea che l'usufrutto tradizionale corrisponda ad una *ratio* non modificabile. In questo modo lo legittima. Invece, la deliberazione del senato ne riforma la disciplina e crea, secondo Gaio, un usufrutto che non corrisponde al modello comune, poiché riguarda cose che non erano previste nello schema consuetudinario. Più avanti egli ne spiega alcuni aspetti peculiari, citando gli esempi del vino, dell'olio, del frumento: beni prodotti con il lavoro agricolo e misurabili in base alla quantità.

Si vini olii 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.

Se sia stato lasciato in legato un usufrutto di vino, olio o frumento, la proprietà deve trasmettersi al legatario e da lui si deve esigere la stipulazione di garanzia, affinché quando egli sia morto o abbia subito un declassamento della condizione giuridica, vengano restituite cose della medesima qualità, o, compiuta la stima di quelle cose, deve prestarsi una stipulazione di garanzia per una somma di danaro determinata, il che è più comodo. Certamente intenderemo la situazione in modo uguale anche riguardo a tutte le altre cose che sono comprese nell'uso⁶³.

Il giurista ci parla di una nuova *cautio*. Una nuova promessa. È questo il *remedium* introdotto dal *senatusconsultum*. Il suo oggetto è la restituzione della somma di danaro entrata nel legato di usufrutto e comprendente anche i crediti pendenti o pagati⁶⁴. Oppure, quel che viene promesso è la restituzione di una quantità di cose consumabili identica a quella cui si riferisce il legato: la restituzione dell'equivalente⁶⁵.

Giuliano sintetizza l'impegno da assumere: *ut tibi caveam tempore mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri*: "affinché io ti prometta che la somma ti verrà restituita al momento della mia morte o della perdita del mio stato giuridico"⁶⁶. Ciò è stabilito in conformità al modello dell'usufrutto. Il *restituere* – lo abbiamo già visto nel testo gaiano – risulta ancorato a due precise ipotesi: la morte dell'usufruttuario o il suo declassamento (quando egli cessa di essere libero, o cittadino, o *pater*). Così Paolo delimita la promessa:

In stipulatione de reddendo usu fructu pecuniae duo soli casus interponuntur, mortis et capitis deminutionis.

⁶³ Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 7.5.7.

⁶⁴ Cfr. Pap. 7 *respons.*, D. 33.2.24 pr.; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.1; Impp. Severus et Antoninus, C. 3.33.1 – a. 199.

⁶⁵ La diversità rispetto alla normale *cautio fructuaria* è sottolineata in Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.9.12.

⁶⁶ Iul. 35 *dig.*, D. 7.5.6 pr.

Nella stipulazione relativa alla restituzione dell'usufrutto di danaro si inseriscono solo due eventualità, la morte e il declassamento dello stato giuridico⁶⁷.

Questa alternativa riflette la prassi. Un tempo più breve può dipendere dalla circostanza che sia inserito nel legato un termine o sia posta una condizione risolutiva. Ma dalle testimonianze disponibili non emerge altra funzione dello *ius in re aliena* in questi casi, se non quella di assegnare il bene fungibile con durata vitalizia. Ciò riguarda soprattutto il danaro, tramite fondamentale per la circolazione delle merci. La concessione a vita costituisce una massa monetaria, un capitale commerciale destinato ad impieghi molteplici e di lungo periodo da parte del legatario.

Osservo che sei frammenti (uno di Pomponio, gli altri di Ulpiano) concernenti il senatoconsulto sono tratti da opere giurisprudenziali di commento *ad Sabinum*⁶⁸. Sappiamo che il giurista commentato già trattava il tema, scrivendone probabilmente durante l'impero di Tiberio⁶⁹. Dunque, il senatoconsulto va collocato negli anni immediatamente precedenti, intorno all'inizio del principato, e riflette la volontà normativa dell'imperatore. Il suo scopo dev'essere stato quello di dare certezza a forme di estrazione del profitto che passavano attraverso la messa in movimento di somme pecuniarie o di altre cose agevolmente scambiabili (come i prodotti agricoli). Un passo di Ulpiano conserva la memoria di questa commistione tra danaro e beni di consumo dall'ampia circolazione.

Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonium esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari.

Il senato ha deliberato la possibilità di dare in legato l'usufrutto di tutte le cose che risultino far parte del patrimonio di ciascuno. Da questo senatoconsulto si ricava la possibilità di legare l'usufrutto di quelle cose che quando sono usate vengono meno o diminuiscono di valore⁷⁰.

È facile, di fronte all'obbligo di restituzione dell'equivalente, pensare che il legato di usufrutto realizzi in realtà un trasferimento del *dominium* sul danaro, o su altra cosa similmente fungibile (come nel mutuo), e che la restituzione sia un trasferimento della stessa proprietà in senso inverso. Questo è il percorso teorico che traspare chiaramente da un testo di Marciano. Il testatore ha lasciato un legato di usufrutto su una somma di danaro del patrimonio ereditario. Il giurista severiano cita un rescritto di Settimio Severo ed Antonino Caracalla.

⁶⁷ Paul. 1 *ad Neratium*, D. 7.5.9.

⁶⁸ Cfr. Pomp. 5 *ad Sab.*, D. 35.2.69; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.1; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.3; D. 7.5.5; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.11; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.9.12.

⁶⁹ La nuova disciplina sembra alla base di un parere di Sabino, secondo la citazione di Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.5.1. Quanto alla probabile datazione del senatoconsulto, vedi anche Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.3 (ove sono citati Cassio e Proculo, i quali scrivono nei primi decenni del I sec.).

⁷⁰ Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.1. Cfr. Inst. 2.4.2, che tratta anche la *cautio*.

Cum pecunia erat relicta Titio ita, ut post mortem legatarii ad Maevium rediret, quamquam adscriptum sit, ut usum eius Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam et usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Poiché era stata lasciata a Tizio per legato una somma di danaro, in modo tale che dopo la morte del legatario tornasse a Mevio, i divini imperatori Settimio Severo ed Antonino Caracalla hanno stabilito con un rescritto che, sebbene il testamento abbia disposto che Tizio avesse l'uso del danaro, tuttavia gli è stata lasciata per legato la proprietà e si è menzionato l'uso, in quanto il danaro doveva essere restituito dopo la sua morte⁷¹.

Secondo il rescritto imperiale, si tratta proprio di una trasmissione della proprietà su una determinata somma pecuniaria. L'immagine dell'usufrutto è stata evocata dal testatore soltanto per fissare il tempo in cui opererà il trasferimento di danaro. Questa è l'interpretazione: come avviene di solito per l'usufrutto, la proprietà del danaro dura fino alla morte (o alla *capitis deminutio*) del legatario. Non è stabilito un termine anteriore né prevista una risoluzione, poiché la funzione consolidata è disporre una concessione a vita. Infine, la somma torna nell'ambito del patrimonio ereditario da cui proveniva.

La finzione, che il ragionamento gaiano esplicitava (*quasi usufructus*), non entra nella costituzione imperiale.

6. La semplificazione dei legati

Una finzione da applicare ai legati è introdotta dal *senatusconsultum Neronianum*. Le disposizioni dettate dall'imperatore Nerone (databili tra il 54 e il 68 d.C.) sono illustrate da Gaio.

Il primo caso regolato è quello di un *legatum per vindicationem*, con il quale si trasmette la proprietà o uno *ius in re aliena*. La clausola testamentaria citata dal giurista ha in sé un difetto, che è tale da renderla nulla. La finzione interviene a salvare l'efficacia dell'atto.

Postea vero auctore Nerone Caesare senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset...

Successivamente, su proposta di Nerone, fu emanato un senatoconsulto con il quale si stabilì, per il caso in cui uno avesse legato una cosa che non era mai stata sua, che il legato fosse utile come se fosse stato assegnato con pieno diritto...⁷².

⁷¹ Marcian. 7 *institutionum*, D. 7. 5.12.

⁷² Gai. 2.197. Cfr. VOCI 1963, p. 225 ss.; TODESCAN 1979, p. 34 ss.: la volontà prevale sullo *scriptum*. Sulla dicotomia retorica sottostante a questa opzione, rinvio a BRUTTI 2017, p. 50 ss. e 54 ss.

Questo è il riassunto della deliberazione senatoria. L'aggettivo *utile* indica con immediatezza la funzionalità dell'atto immaginato, capace di produrre l'assegnazione patrimoniale voluta dal testatore. Subito dopo, Gaio spiega l'espressione *optimo iure*:

...optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.

...è pieno il diritto del legato *per damnationem*, genere con il quale anche una cosa altrui può essere legata⁷³.

La clausola testamentaria effettivamente scritta è sostituita da un'altra: da un legato ad effetti obbligatori che può – senza difficoltà – avere ad oggetto la cosa altrui. Sarà l'erede che dovrà trasferire questa al destinatario, ovviamente dopo averla acquisita. L'acquisto è necessario all'adempimento dell'obbligo. Ove esso non sia possibile, l'erede si libererà pagando al legatario una somma di danaro equivalente al valore della cosa legata⁷⁴.

Il legato è utile, poiché il suo statuto giuridico è adeguato allo scopo. Il diritto pieno (*optimum*) è quello che salva la volontà e con essa l'operazione economica da realizzare. La salvezza della volontà è un tema centrale nelle tecniche retoriche e i giuristi lo recepiscono⁷⁵.

Gaio ripropone lo stesso schema seguendo una interpretazione estensiva del senatoconsulto, che nasce dal dibattito giurisprudenziale. In due casi egli costruisce una finzione simile a quella già prospettata. La applica anzitutto al *legatum sinendi modo*: una disposizione ad effetti obbligatori, in base alla quale l'erede è tenuto a consentire che il legatario prenda per sé una cosa determinata (traendola dal patrimonio di cui dispone l'erede)⁷⁶. Secondo l'impostazione gaiana, ciò comporta un passaggio di proprietà⁷⁷.

Perché il legato sia utile è sufficiente che la cosa, al tempo della morte del testatore, sia nel suo patrimonio o in quello proprio dell'erede (anche se non apparteneva né all'uno né all'altro quando è stato redatto il testamento). Che cosa avviene invece se il *dominium* della *res* non è mai stato del testatore e se soltanto dopo la sua morte è stato acquistato dall'erede? L'obbligo di consentire l'apprensione non può essere costituito con il legato, quando la *res* è estranea ai due patrimoni.

Quodsi post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse. Quid ergo est? Licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius unquam fuerit neque postea heredis eius unquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset.

⁷³ Gai. 2.197.

⁷⁴ Gai. 2.202.

⁷⁵ Ho già cercato di mettere in luce la matrice retorica di questo procedimento, nell'interpretazione di atti tra vivi e di disposizioni testamentarie: vedi BRUTTI 2017, p. 48 ss.; e spec. 87 ss. a proposito di interpretazione che salva il contratto.

⁷⁶ Gai. 2.210.

⁷⁷ Gai. 2.213.

Ci si chiede se il legato sia utile nel caso in cui la cosa sia diventata propria dell'erede dopo la morte del testatore. Molti ritengono che sia inutile. Qual è dunque la soluzione? Sebbene uno abbia legato una cosa che non fu mai sua né poi sia mai divenuta del suo erede, si considera, in base al senatoconsulto neroniano, come se fosse stata assegnata con un legato *per damnationem*⁷⁸.

Nell'interpretazione prescelta non ha alcun rilievo il fatto che l'erede abbia acquistato la cosa. Il *legatum per damnationem* crea comunque l'obbligo a consentire che il legatario prenda la *res*. Quindi l'erede dovrà acquistarla, in vista dell'adempimento (a meno che egli non estingua l'obbligo, pagando secondo l'*aestimatio rei*).

Gaio tratta analiticamente un altro caso analogo di *ius controversum*, ove è in gioco la conservazione della volontà testamentaria. Considera il senatoconsulto neroniano applicabile all'ipotesi di un legato *per praeceptionem*, la cui inutilità derivi dalla formulazione adottata.

Questo tipo di legato assegna direttamente l'appartenenza della cosa o lo *ius in re aliena*, con una espressione dalla forma imperativa, che indica una precedenza. Il giurista cita in proposito l'esempio dell'assegnazione di uno schiavo: *Lucius Titius hominem Stichum praecipito* (Lucio Tizio acquisti prima lo schiavo Stico). Secondo la scuola sabiniana, la clausola opera soltanto nel caso di più coeredi e dispone il trasferimento di un bene dall'uno all'altro. Quando l'eredità è acquistata dagli eredi, si verifica anche automaticamente il passaggio della *res*. In assoluta coerenza con lo schema fissato, Sabino sostiene che la *praeceptio* non possa essere stabilita a favore di una persona estranea al novero dei coeredi e che, nel caso in discussione, il *senatus consultum* neroniano non possa essere applicato.

Prevale l'opinione opposta, che estende l'incidenza della *fictio*.

Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex <senatus>consulto Neroniano posse convalescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur. Sed Iuliano et Sextio placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit; quo plane casu senatusconsulto locus non est.

⁷⁸ Gai. 2.212.

Perciò se il legato sia stato attribuito ad un estraneo, esso è inutile; sicché Sabino ha ritenuto che non potesse riprendere vigore neanche sulla base del senatoconsulto neroniano: infatti – dice – con questo senatoconsulto vengono confermati soltanto i lasciti che per un vizio della formulazione verbale non valgono secondo lo *ius civile* e non quelli che non sono dovuti a causa della persona stessa del legatario. Ma Giuliano e Sesto ritengono che anche in questo caso il legato fosse confermato dal senatoconsulto: infatti, a loro parere, anche in questo caso accade, in base alle parole, che il legato sia inutile secondo lo *ius civile*; quindi è chiaro che a favore della stessa persona si dispone correttamente il legato con diverse parole, come *per vindicationem*, *per damnationem* o *sinendi modo*; e il legato non vale per un vizio riguardante le persone, solo quando sia stato attribuito ad uno che in nessun modo poteva riceverlo, come per esempio ad un peregrino nei cui confronti non si può fare testamento: in questo caso è scontato che il senatoconsulto non sia applicabile⁷⁹.

Come si vede, la tesi di Sabino è stata messa da parte da Giuliano e da Sesto (il *praenomen* può indicare Pomponio o Africano). L'*interpretatio* convalida il legato, poiché le sue diverse forme sono tutte riferibili all'*extraneus*. La finzione si ferma, soltanto se il legato è a beneficio di uno straniero, che non può riceverlo. Gaio indica invece nell'azione giudiziaria mirante alla divisione ereditaria il mezzo di tutela di cui può servirsi il coerede legatario⁸⁰. La divisione ha senso in quanto la cosa sia stata del testatore e faccia ora parte dell'*hereditas*⁸¹. Due requisiti necessari all'efficacia della clausola.

Se il testatore ha lasciato con il legato *per praeceptionem* una cosa altrui, allora seguendo il *senatus consultum Neronianum*, si finge un *legatum per damnationem*: il coerede legatario diventa creditore dell'altro.

Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatus consulto confirmabitur.

Così, se il testatore abbia legato in tal modo una cosa non sua, il legato sarà inutile secondo lo *ius civile*, ma verrà confermato in base al senatoconsulto⁸².

Gli autori della scuola proculiana sono andati più in là, con una ulteriore finzione, che non ha il proprio fondamento nel senatoconsulto, ma è tutta di formazione giurisprudenziale ed è stata confermata da una costituzione dell'imperatore Adriano.

Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde ac si ita scribatur TITIUS HOMINEM STICHUM CAPITO, supervacuo adiecta

⁷⁹ Gai. 2.218.

⁸⁰ Gai. 2.219.

⁸¹ Gai. 2.220.

⁸² *Ibidem*.

PRAE syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.

Ma gli autori della scuola opposta pensano che si possa legare *per praeceptionem* anche ad un estraneo, come se fosse scritto così: TIZIO ACQUISTI LO SCHIAVO STICO, essendo superflua l'aggiunta della sillaba *PRAE*: in questo modo la cosa si considererebbe legata *per vindicationem*. Questo enunciato risulta confermato da una costituzione del divo Adriano⁸³.

Il *legatum per praeceptionem* aveva espresso malamente (cioè con una forma inappropriata) la volontà di trasferire il bene ad un terzo non compreso tra i coeredi. L'interpretazione si risolve nel manipolare i *verba* del legato, intendendoli come se (*proinde ac si*) al posto dell'imperativo *precipito* vi fosse la forma verbale *capito* (senza il prefisso *prae*, che indica l'acquisto immediato del coerede, prima che operino altre disposizioni particolari). Fingendo che vi sia nel testamento questa parola, si può assegnare la *res* ad un estraneo e il lascito è assimilato ad un legato *per vindicationem*⁸⁴.

7. Il finto erede

Il sintagma *bonorum possessio* indica l'assegnazione, stabilita dal pretore e fissata nel suo editto, di beni facenti parte del patrimonio ereditario. Coloro che li ricevono non possono essere qualificati come eredi né trovano tutela entro lo *ius civile*. Sono coinvolti nella successione, soltanto perché si finge che essi abbiano la qualità di eredi. Così nuovi attori, con interessi che prima non emergevano, irrompono sconvolgendo la tassatività delle regole tradizionali. I mezzi giudiziari a cui possono ricorrere si inquadrano nello svolgersi della procedura *per formulas*, durante la lunga fase che vede la coesistenza di questa con le forme giudiziarie più antiche (dalla seconda metà del II sec. a.C. fino alla legge augustea che sopprime le *legis actiones*).

In molti casi si percepisce la funzionalità della *bonorum possessio* rispetto ad una visione della *familia* non più rigidamente legata alla *potestas* e alla centralità dei legami di discendenza in linea maschile. Le disposizioni del pretore per le successioni *mortis causa* riflettono la tendenza a dare rilievo a rapporti non rilevanti per la disciplina ereditaria dello *ius civile*, come i legami di sangue al di fuori della discendenza in linea maschile, oppure a rapporti considerati indipendentemente dalla *potestas*, come le relazioni tra *patroni* e *liberti* o come il rapporto matrimoniale. Tutto ciò modifica le priorità fissate per l'*hereditas ab intestato* e genera modelli inediti di regolazione per il testamento.

⁸³ Gai. 2.221.

⁸⁴ La tendenza ad ampliare il campo della *fictio*, facendo leva sul senatoconsulto, si evince da Ulp. 17 *ad Sab.*, Vat. Frag. 85. Un legato *per vindicationem* avente ad oggetto l'usufrutto di una *res aliena* viene confermato, fingendo che esso sia *per damnationem*. Se è a favore di più persone e se una non acquista l'usufrutto, si considera – con un ulteriore salto rispetto alla scrittura testamentaria – che all'altro legatario spetti l'intero (...*Quod se antea socius amittat, erit danda totius petitio*...). Cfr. Voci 1963, 227.

L'ingresso della *cognatio* tra le situazioni a cui dà rilievo autonomo il pretore, e dalle quali fa discendere il possesso dei beni, è visto come il segno di una pressione della natura ed è un riconoscimento dei vincoli che essa impone. I giuristi colgono l'ampia apertura della normativa pretoria alla parentela che va al di là degli *agnati* (il termine indica le persone libere discendenti da un *pater* comune, secondo una discendenza intesa in senso giuridico, comprendente quindi gli adottati e le donne che abbiano effettuato una *conventio in manum*)⁸⁵.

Un tentativo di mettere a fuoco i collegamenti concettuali tra *agnati* e *cognati* si trova in un testo di Paolo:

Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.

Tra gli *agnati* e i *cognati* vi è la stessa differenza che corre tra genere e specie: infatti chi è *agnato* è anche *cognato*, mentre in ogni caso colui che è *cognato* non è anche *agnato*: infatti, uno è un nome civile, l'altro è un nome naturale⁸⁶.

Il genere degli *agnati* comprende i *cognati* come propria *species* (quando il legame di discendenza è naturale). Ma non li comprende tutti. Vi sono legami naturali che non rientrano nella discendenza maschile, ma che hanno un rilievo nei congegni successivi. Mi sembra questa la sostanza della definizione paoliana⁸⁷. Essa rivela un primato (una più vasta portata logica) della *cognatio*, da un lato considerata come *species* entro la categoria generale degli *agnati* e dall'altro vista come categoria autonoma.

La dicotomia civile-naturale ritorna in un enunciato di Modestino: *Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur...*⁸⁸.

In questa formulazione, come in quella paoliana traspare l'intento di trattare unitariamente la disciplina mista, che intreccia schemi tradizionali e norme pretorie. Comunque, la considerazione del puro legame naturale è tutta interna alla *bonorum possessio*.

⁸⁵ Occorre precisare che la *cognatio* comprende gli *agnati* (vedi *infra*, ntt. 87-88), il cui legame con il defunto può essere – come ho detto – un legame giuridico (si vede qui la centralità dell'organizzazione familiare), e che l'apertura pretoria ai rapporti così detti naturali riguarda il rapporto con la madre e i parenti materni. Cfr. Voci 1967, 181 s.: "Il pretore, assumendo come proprio il criterio della parentela senza distinzione di linee, crea uno schema più vasto: parenti sono non solo quelli della linea maschile, ma tutti coloro che sono legati da un vincolo di sangue". Vedi anche Voci 1963, 13 s.

⁸⁶ Paul. *l. sing. de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, D. 38.10.10.4.

⁸⁷ Il testo non esprime una struttura classificatoria rigorosa. Può esservi stata un'abbreviazione formale, ma è dai singoli concetti delineati che dobbiamo trarre un senso. Come si spiega il rapporto tra gli *agnati* quale *genus* e i *cognati* quale *species* posto all'inizio? Credo che il *genus* – nella prima parte del passo di Paolo – sia da riferire esclusivamente ai legami di discendenza rilevanti per lo *ius civile* (naturali o creati dal diritto). La *species*, in questa ottica, sarebbe costituita dai legami naturali rientranti nell'*adgnatio*. Accanto a questa *cognatio* interna all'*adgnatio* vi è una *cognatio* che va al di là dei legami *iure civili* e che dà luogo alla *bonorum possessio*. Chi è *cognato* senza essere *agnato* è fuori dalla *divisio* posta all'inizio ed è tutelato dal pretore. Sulla *cognatio* non compresa nell'*adgnatio*, si può ritenere che il giurista conduca un discorso distinto (e forse la distinzione era più marcata nella stesura originaria del testo).

⁸⁸ Modestin. 12 *pandectarum*, D. 38.10.4.2.

Su un piano diverso va considerata la rilevanza che assume il vincolo coniugale. Ulpiano scrive: *Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet...* E più avanti: *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore...*⁸⁹. Dobbiamo ricordare che sul matrimonio si impernia la famiglia nucleare (*vir cum uxore et liberis*): modello di fatto prevalente nelle forme di vita con le quali si misurano i giuristi⁹⁰. Lo *ius civile*, che privilegia la discendenza e le forme giuridiche della *familia* nel definire le successioni, cede tuttavia il passo alla considerazione diretta del dato sociale. Ed è questo che spinge l'intervento del pretore.

La materiale immissione delle figure nuove nell'eredità (o meglio nel possesso del patrimonio) implica un travestimento del dato empirico. Descrivo l'operazione esaminando un caso largamente trattato dai giuristi. Il discendente emancipato (figlio o nipote), che non è sotto la *potestas* del *pater* quando egli muore, non sarà *heres ab intestato*, ma – come rimedio all'ingiustizia che l'esclusione comporta – potrà ottenere dal pretore una quota del possesso dei beni; e questa gli verrà assegnata anche nei casi in cui il pretore disponga la *bonorum possessio contra tabulas*.

L'esempio permette di individuare una costruzione concettuale comune ad ogni forma di *bonorum possessio*. Essa è esposta con precisione da Gaio:

Sed haec iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. Nam eos omnes, qui legitimo iure deficiuntur vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.

Ma queste iniquità giuridiche sono state corrette dall'editto del pretore. Questi infatti chiama all'eredità tutti i figli che sono privi di un diritto legittimo, come se fossero stati in potestà del padre al momento della sua morte, tanto nel caso in cui siano soli, quanto nel caso in cui concorrano anche *sui heredes*, cioè quanti erano sotto la potestà del padre⁹¹.

Il travestimento teorico è in pratica determinante per la distribuzione del patrimonio. Dalla *fictio* deriva un apparentamento logico tra *heredes sui* e *bonorum possessores*, pensati quali componenti di un medesimo *genus*. Secondo Paolo ed Ulpiano, l'acquisto dei beni (o meglio del loro possesso), che avviene a favore del figlio o del nipote emancipato, è identico a quello che gli sarebbe stato attribuito se fosse rimasto sotto la *potestas* del capofamiglia.

Nepote quoque solo emancipato et avo mortuo, deinde patre eius, nepos praeteritus accipiet patris bonorum possessionem, quia suus heres esset futurus patri, si potestate avi non exisset.

⁸⁹ Ulp. 47 *ad ed.*, D. 38.11.1 pr.-1. Vedi VOCI 1967, p. 594 ss.

⁹⁰ GARNSEY, SALLER 1983, p. 157 ss.; 167 ss. La brevità delle vite porta allo sviluppo di organizzazioni familiari ristrette, dipendenti da *patres* relativamente giovani.

⁹¹ Gai. 3.25-26. Cfr. BIANCHI 1997, p. 272 ss.

Poiché vi era un solo nipote emancipato ed erano morti sia l'avo sia più tardi il padre di lui, quel nipote, omissa nella successione, riceverà il possesso dei beni del padre, in quanto egli sarebbe stato *heres suus* del proprio padre, se non fosse uscito dalla potestà dell'avo⁹².

E sulla stessa linea:

Praetori enim propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset...

È stato ordinato al pretore, quando egli concede il possesso dei beni, di attribuire a ciascuno dei figli quelle parti che gli sarebbero spettate, alla morte del padre e in mancanza di un testamento, se fosse rimasto nella potestà del padre⁹³.

Il processo è il momento decisivo nel quale viene fatta valere la pretesa del *bonorum possessor* in ordine alla successione. Può essere una richiesta esclusiva di ingresso nel patrimonio, mancando gli eredi, o può concorrere con l'azione giudiziaria di questi. Il pretore redige, d'intesa con le parti, la formula che indica i termini della lite, ordinando al giudice di condannare il convenuto se i fatti corrispondono alle ragioni dell'attore, o in caso contrario di assolvere. È proprio questo documento, su cui si fonda il giudizio, a fissare per iscritto il travestimento dei fatti, posto a base della pretesa.

Il *bonorum possessor* viene considerato come un finto erede, beneficiario di una successione immaginata, da cui il giudice farà discendere un effetto materiale identico a quello della *petitio hereditatis*, spettante al successore *iure civili*.

È ancora Gaio a spiegare come ciò accada:

Cum enim praetorio iure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere SUUM ESSE, neque id quod ei debebatur potest intendere DARI SIBI OPORTERE; itaque ficto se herede intendit velut hoc modo IUDEX ESTO. SI A. AGERIUS (id est si ipse actor) L. TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIVM EIUS ESSE OPORTERET; et si <debeatur pecunia>, praeposita simili fictione heredis

⁹² Paul. 41 *ad ed.*, D. 37.4.6.2. In questo caso, il nipote era uscito dalla *potestas* dell'avo. Questi muore prima del *pater*. Il possesso dei beni viene attribuito al nipote. La finzione consiste nell'equiparare la condizione del nipote a quella propria di un *heres suus*: condizione nella quale si sarebbe trovato, alla morte del *pater*. Infatti, il *pater*, come erede dell'avo, avrebbe avuto la *potestas* sul proprio figlio, se quest'ultimo non fosse stato già da tempo emancipato.

⁹³ Ulp. 40 *ad ed.*, D. 37.4.8.14. Vedi BIANCHI 1997, p. 279.

ita subicitur TUM SI PARERET N. NEGIDIUM <A.> AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE.

Poiché infatti egli succede al defunto in virtù del diritto pretorio e non di quello legittimo, non ha azioni dirette né può pretendere CHE SIA SUO ciò che era del defunto, né chiedere che A LUI VI SIA OBBLIGO DI DARE ciò che gli era dovuto: sicché, fingendosi erede, agisce ad esempio in questo modo: SIA GIUDICE. SE A. AGERIO (cioè se l'attore) FOSSE EREDE DI L. TIZIO, ED ALLORA IL FONDO DI CUI SI TRATTA DOVESSE ESSERE CONSIDERATO SUO SECONDO IL DIRITTO DEI QUIRITI; e, per il caso in cui fosse dovuta una somma di danaro, una volta premessa un'analoga finzione relativa alla qualità di erede, così si aggiunge: ED ALLORA SE RISULTASSE CHE NUMERIO NEGIDIO DOVESSE DIECIMILA SESTERZI AD A. AGERIO⁹⁴.

Se il giudice accerterà che il fondo sarebbe spettato all'attore, ove egli fosse stato erede, allora condannerà il convenuto. Ed avverrà lo stesso nel caso di un credito ereditario. Su questa base, che cosa dovrà essere provato nel giudizio? Da un lato, il fatto che il fondo o il credito appartengano all'eredità. Dall'altro, la qualità di "erede finto", disegnata dal pretore. Si tratta di confrontare la posizione in cui si trova l'attore con ciò che è previsto nelle norme editali.

La disciplina è così sintetizzata da Ulpiano:

Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

Coloro ai quali si dà il possesso dei beni non sono davvero eredi, ma vengono posti in luogo degli eredi per una concessione del pretore. Perciò sia che essi agiscano in giudizio sia che venga esercitata un'azione giudiziaria nei loro confronti, vi è bisogno di azioni fittizie, nelle quali cioè si finge che essi siano eredi⁹⁵.

La finzione dell'eredità serve ad introdurre nuovi schemi di successione e nuovi beneficiari. Vi è quindi una trasformazione storica realizzata senza cancellare la disciplina tradizionale, e

⁹⁴ Gai. 4.34. Cfr. VOCI 1967, p. 124 e BIANCHI 1997, p. 266 ss., spec. 271: "...la tutela è tecnicamente accordata considerando come avvenuto il presupposto fattuale, ovviamente in realtà inesistente, che il *bonorum possessor* sia *heres del de cuius*, da questo presupposto discende, a sua volta, la situazione di 'titolarità' del *suum esse* e del *dari oportere*, che rappresentano il fondamento delle pretese assunte nell'*intentio* delle formule". La finzione costruisce una situazione che è pensata come una realtà, ma non lo è. Mi sembra che la precisazione di Bianchi colga il dato su cui si fonda la pretesa dedotta in giudizio. Non vi è la sussunzione di una posizione fattuale entro il concetto di *heres* fissato dallo *ius civile*. Forse questa potrebbe realizzarsi passando attraverso un'argomentazione analogica, o costruendo una relazione da *genus a species*. Invece, si segue un'altra strada. Con la *fictio*, che è diversa dalla sussunzione, si postula un dato oggettivo: si suppone che quel possessore (immaginandosi che ve ne siano i presupposti) sia effettivamente erede. Ma ciò avviene nella piena consapevolezza, ben presente entro il processo, che quel fatto non esiste: che si tratta di un artificio.

⁹⁵ Tit. Ulp. 28.12.

tuttavia con una sostanziale discontinuità, resa possibile dalla funzione correttiva riconosciuta allo *ius praetorium* (*corrigeni iuris civilis gratia*).

8. *Bonorum possessio* ed acquisto dell'eredità

Chi non era sotto la *potestas* del *pater* al momento della sua morte ed è stato istituito erede acquista il patrimonio a lui destinato soltanto manifestando liberamente la volontà di accettarlo⁹⁶. Ciò avviene per mezzo di una dichiarazione solenne (*cretio*) imposta dal testamento; oppure avviene attraverso atti di gestione dei beni ereditari. Un riferimento a questi atti è nelle parole di Gaio, che nega a chi non abbia compiuto la *cretio*, rispettando il termine fissato nel testamento, il potere di acquisire successivamente l'eredità mediante la gestione:

Quodsi ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur; nec quicumque proficit, si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur.

E nel caso in cui non abbia formalmente accettato, trascorso il tempo previsto per l'accettazione, egli è escluso; né gli gioverà in alcun modo il fatto di avere compiuto atti di gestione quale erede, ossia di avere usato i beni ereditari come se fosse stato erede⁹⁷.

Lo stesso schema torna nei *Tituli ex corpore Ulpiani*:

Pro herede gerit qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur, velut qui auctionem rerum hereditiarum facit aut servis hereditariis cibaria dat.

Compie atti di gestione quale erede colui che usa le cose ereditarie come se gli appartenessero o colui che realizza un aumento delle cose ereditarie o fornisce il vitto ai servi ereditari⁹⁸.

Chi è chiamato alla successione opera “come se” fosse già erede. L'acquisto è l'effetto di una finzione introdotta dal linguaggio giurisprudenziale, con parole quali *pro* o *tamquam*, o *quasi*. Non potrei gestire, ma mi comporto come se potessi e ciò denota la volontà di accettare: una volontà che può essere – scrive Gaio – anche *nuda*⁹⁹. La rilevanza di un'autonoma dichiarazio-

⁹⁶ Iul. 36 *dig.*, D. 30.89.

⁹⁷ Gai. 2.166.

⁹⁸ Tit. Ulp. 22.26.

⁹⁹ In Proculo ed in Giavoleno la manifestazione di volontà volta all'accettazione ha già un'autonomia. Genera effetti indipendentemente dalle forme che assume. Vedi Iav. 1 *ex post. Lab.*, D. 29.2.62 pr. Nel caso specifico è in questione un giuramento dell'erede, posto come *condicio* dal testatore non per l'acquisto ma per la chiamata all'eredità. Labeone non lo considera rilevante ai fini dell'*aditio*. Invece, Proculo e Giavoleno fingono che quella manifestazione di volontà sia un atto di gestione. La finzione implicita in questo modo di acquisto è messa in rilievo da Giuliano. Il requisito essenziale è l'*animus* (su cui vedi anche Paul. 1 *quaest.*, D. 29.2.2.88). Sulle orme di Giuliano si muove Ulp. 6 *ad ed.*, D. 29.2.20 pr.: *Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres*

ne informale deriva probabilmente dalla pratica del *gerere pro herede* e dal suo diffondersi¹⁰⁰. È la *fictio* che apre la strada prima all'*usus* e poi al volere senza involucri.

Il concetto di *usus*, riferito alla gestione di *res hereditariae* (da Gaio e da Ulpiano), va inteso nel senso più ampio, superando la detenzione materiale ed includendo atti di disposizione di crediti o debiti, nei quali può consistere il *gerere*. È un significato già presente nella giurisprudenza anteriore a Gaio. Si può ricordare l'espressione *uti iure meo* riferita alla proprietà da Trebazio Testa¹⁰¹; ma i precedenti più significativi vengono dal suo allievo Labeone. Il quale senza difficoltà denomina *usus iuris* l'esercizio del potere corrispondente ad una *servitus*¹⁰²; e soprattutto adopera, occupandosi dei beni ereditari, la nozione fortemente irregolare di *possessio iuris*.

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

Come Labeone scrive, il possesso dell'eredità o dell'insieme dei beni non è da considerare un possesso di cose: è infatti il possesso di uno *ius* piuttosto che di un'entità corporea. Dunque, anche se non vi sia nulla di materiale nell'eredità, tuttavia Labeone dice che correttamente si possa ammettere una *bonorum possessio*¹⁰³.

Ho già detto quale sia in questo tipo di possesso il ruolo della *fictio*, indispensabile al configurarsi della tutela pretoria ed incorporata nella formula con la quale questa si attua. Sollevo ora una domanda, che nasce da alcuni testi, riguardanti le due ultime finzioni appena trattate: la *bonorum possessio* ed il *pro herede gerere*. In quale misura esse possono accostarsi o assimilarsi? L'elemento comune è nel fatto che entrambe individuano situazioni possessorie ed in ciascuna di queste il possessore (colui che usa i beni) è tutelato come se fosse erede. Quindi attraverso una *fictio*.

Citerò un discusso parere labeoniano, che propone, in uno specifico caso, l'identificazione del *gerere* con la *bonorum possessio*. Metterò in luce quali ostacoli si oppongano a questa operazione, che tuttavia non resta priva di seguito; e cercherò di spiegarne il significato teorico.

Il pensiero di Labeone è riassunto e commentato in un frammento di Giavoleno.

gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. La nozione di *nuda voluntas* è in Gai. 2.167: *At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri...*

¹⁰⁰ VOCI 1967, p. 594 ss.

¹⁰¹ Ulp. 81 *ad ed.*, D. 39.2.24.12.

¹⁰² Iav. 5 *ex posterioribus Labeonis*, D. 8.1.20.

¹⁰³ Ulp. 39 *ad ed.*, D. 37.1.3.1. Vedi VOCI 1967, p. 193; 195 ss.; BRETONE 1998, p. 208 ss. (la costruzione labeoniana è lontana dal materialismo arcaico. Il possesso vale come potenzialità astratta, in presenza di oggetti non riducibili a *corpora*).

Filius emancipatus pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamento fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petit. PAULUS. Et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est.

Un padre istituì unico erede il figlio emancipato e, per il caso in cui questi non divenisse effettivamente erede, aveva ordinato che un servo fosse libero ed erede. Il figlio, sostenendo che il padre fosse demente, chiese il possesso al di fuori del testamento e così giunse a possedere l'eredità. Labeone afferma che se fosse provato che il padre fece il testamento quando era sano di mente, il figlio sarà erede del padre in base a quel testamento. Credo che ciò sia falso: quando infatti il figlio emancipato non volle che gli spettasse l'eredità a lui assegnata con il testamento, questa passò direttamente all'erede designato come sostituto, né si può ritenere che abbia gestito come erede chi, per rinunciare all'eredità, chiede il possesso dei beni in base ad un'altra parte dell'editto. PAOLO. Anche Proculo disapprova il parere di Labeone ed è d'accordo con il parere di Giavoleno¹⁰⁴.

Il figlio emancipato non è *heres suus*. Per acquistare il patrimonio che gli è stato assegnato con il testamento, deve quindi compiere un atto di accettazione. Ma preferisce seguire un'altra via. Considerando non valido il testamento per l'infermità mentale del padre, chiede la *bonorum possessio* e la ottiene. In un tempo successivo, nasce una controversia giudiziaria, promossa da chi è interessato a dichiarare valido il testamento. È probabile che il servo, manomesso e designato erede in sostituzione del figlio (com'è raccontato nel testo) rivendichi l'eredità¹⁰⁵. Secondo Labeone egli sarà respinto, poiché il *filius* emancipato ha già acquisito l'*hereditas* in base allo *ius civile*. Ha potuto farlo, in virtù del possesso di cui disponeva¹⁰⁶.

Giavoleno (al pari di Proculo) ritiene falsa questa argomentazione, forse richiamata più puntualmente nel testo originario. La richiesta della *bonorum possessio* – egli osserva – si fonda su una parte dell'editto diversa da quella riguardante la mancata *aditio* e la rinuncia all'*hereditas* testamentaria¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Iav. 1 *ex posterioribus Labeonis*, D. 29.2.60.

¹⁰⁵ Ciò avviene in quanto la *manumissio* testamentaria lo ha reso immediatamente libero ed egli può chiedere in giudizio l'eredità, sul presupposto (di cui deve dar prova) che il testamento sia valido.

¹⁰⁶ Non credo che egli possa divenire automaticamente erede in base al testamento che si è rivelato valido. Essendo infatti emancipato, non è *heres suus*; per l'acquisto ha bisogno di un'*aditio*. Vedi sul punto WUBBE 1985, p. 100; KOHLAAS 1986, p. 133 ss.

¹⁰⁷ Sul frammento, nel quadro delle vicende concernenti la *bonorum possessio*, vedi VIARENGO 2018, p. 87 ss.

Due ostacoli, quindi, mettono in discussione la scelta labeoniana. Anzitutto, la richiesta della *possessio* da parte del figlio implica un atto di rinuncia all'eredità testamentaria e non si comprende come questo atto possa perdere ogni rilievo. In secondo luogo, è difficile pensare che il provvedimento del pretore sia causa di un acquisto *iure civili* del patrimonio e del titolo di *heres*.

Eppure, lo schema seguito da Labeone ritorna in alcuni testi successivi.

Paolo costruisce su una *possessio* pretoria la finzione di un'*aditio hereditatis* (fissata con le parole *perinde atque si...*). Egli discute un caso nel quale il testatore ha istituito erede un emancipato, mentre ne ha ommesso un altro. L'istituito chiede ed ottiene la *bonorum possessio*; ciò comporta una rinuncia al titolo di erede ma interviene la finzione comunque che vi sia stata un'*aditio* (derivante dall'uso dei beni, inteso come *pro herede gerere*). Così egli sarà tenuto all'adempimento di tutti i legati:

...sed si solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem...

...ma se il solo erede istituito abbia ricevuto il possesso dei beni, dovrà prestare i legati a tutti i destinatari, come se avesse accettato l'eredità...¹⁰⁸.

A sua volta Ulpiano giunge ad una conclusione analoga, trattando il caso di un *filius familias* che non abbia accettato l'eredità della madre secondo il *senatus consultum Orphitianum*. Afferma infatti che se il *pater* ha comunque avuto per sé la *bonorum possessio*, gli va riconosciuto l'acquisto del patrimonio.

Sed et si non adierit filius, diu tamen possedit pater hereditatem, credendus est admisisse hereditatem, ut divus Pius et imperator noster rescripserunt.

Ma anche se il figlio non abbia accettato, e tuttavia il padre possedette a lungo l'eredità, si deve credere che questi la abbia accettata, come stabilirono con rescritti il divo Antonino Pio ed il nostro imperatore¹⁰⁹.

Il giurista richiama in proposito norme già fissate da Antonino Pio e da Settimio Severo, che in momenti diversi mettono a frutto le immagini giurisprudenziali. Mi sembra che queste soluzioni sottintendano il *gerere pro herede*. Il quale ricomparirà esplicitamente in una costituzione diocleziana: una tarda conferma dell'antico enunciato di Labeone.

Puberem agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam ei fuerit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur.

¹⁰⁸ Paul. 41 *ad ed.*, D. 37.5.15.1.

¹⁰⁹ Ulp. 6 *ad Sab.*, D. 29.2.6.3. Cfr. su questa linea Imp. Decius A. *Athenaidi*, C. 6.30.4 [a. 250].

Non è materia di dubbio che una persona pubere, la quale, dopo essere stata chiamata all'eredità, abbia ottenuto il possesso dei beni, gestisce i beni come erede¹¹⁰.

L'espressione *non ambigitur* mostra la volontà di superare un dubbio. L'innesto della *possessio* nella disciplina dell'*aditio hereditatis* – pur sostenuto nel rescritto – continua ad essere discutibile. Esso segnala comunque la tendenza – che trova spazio nella normazione imperiale – a mescolare gli schemi pretori con quelli dello *ius civile*, superando una consolidata dicotomia.

9. L'*actio Publiciana* e la circolazione dei beni

Un'altra incisiva finzione pretoria è quella che riguarda la proprietà. Gaio espone il meccanismo e gli esiti di un'*actio*, con la quale si tutela una situazione possessoria (secondo requisiti tassativamente indicati), “come se” l'attore fosse *dominus* della cosa.

Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam EX IURE QUIRITUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITUM ESSE OPORTERET et reliqua...

Questa azione viene concessa a colui che non ha ancora usucapito una cosa consegnatagli in base ad una giusta causa e, avendone perduto il possesso, la chiede in giudizio. Poiché questi non può pretendere che sia di sua proprietà secondo il diritto dei Quiriti, si finge che egli abbia acquistato la cosa per usucapione; e così, come se fosse divenuto proprietario secondo il diritto dei Quiriti, egli formula la sua pretesa in questo modo: SE AULO AGERIO AVESSE POSSEDUTO PER UN ANNO LO SCHIAVO CHE HA ACQUISTATO E GLI È STATO CONSEGNATO E SE ALLORA LO SCHIAVO DI CUI SI TRATTA DOVESSE ESSERE SUO SECONDO IL DIRITTO DEI QUIRITI, eccetera¹¹¹.

Il rimedio descritto è l'*actio Publiciana* (introdotta dal pretore Publicio a metà del I sec. a.C.), a favore di chi abbia acquistato una *res mancipi* mediante *traditio* e quindi non sia proprietario. Se costui perde il possesso della cosa che gli è stata trasferita mediante semplice consegna (in base ad una *iusta causa*, per esempio una vendita), come potrà tutelarsi?

¹¹⁰ Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. *Antonio*, 6.30.12 [a. 294]. Vedi Voci 1967, p. 601 ss.; COPPOLA 1999, p. 179 s.

¹¹¹ Gai. 4.36. Vedi BIANCHI 1997, p. 295 ss.

L'aspetto più rilevante è che si tratti di una *res Mancipi*. Rientrano nella categoria delle *res Mancipi* i mezzi di produzione della più antica economia agraria: i fondi italici, gli schiavi, gli animali che si aggiogano e servono al lavoro e le servitù rustiche al servizio dei fondi. *Res pretiosiores*, le chiama Gaio¹¹². Il trasferimento della proprietà su di esse avviene attraverso due atti rituali ad evidenza pubblica, la *Mancipatio* e l'*in iure cessio*. Nei casi in cui vi sia stata una semplice ed informale consegna (*traditio*), e dopo di essa la perdita del possesso da parte dell'acquirente, interviene in suo favore la tutela pretoria. Egli può acquistare per usucapione la proprietà sulla cosa: devono trascorrere due anni di possesso per gli immobili, un anno per i beni mobili. Finché il tempo previsto non sia trascorso, il possessore non è proprietario. Ma il pretore gli consente ugualmente di chiedere in giudizio la cosa, sebbene essa sia uscita dal suo controllo. Potrà infatti esercitare l'*actio Publiciana* nei confronti di chi attualmente possiede la *res*. L'espressione gaiana *in bonis habere* designa il potere sulla cosa, assicurato dall'azione pretoria e che di fatto diviene equivalente al *dominium*¹¹³.

Obbedendo alla formula, il giudice dovrà accertare se vi è stata una *traditio* in base ad una *iusta causa*, fingendo poi, secondo lo schema innovativo creato dal pretore, che il possesso di buona fede non sia stato interrotto, che l'usucapione si sia realizzato. Condannerà allora il convenuto ad una somma pecuniaria equivalente al valore del bene oggetto della lite, a meno che egli spontaneamente non lo restituisca all'attore.

Nella situazione possessoria creata dalla *traditio* di *res Mancipi* ad opera del *dominus*, va sottolineato che l'azione può essere esercitata contro chiunque occupi la cosa ed in ciò essa ricalca fedelmente il modello della *rei vindicatio*. Prima che decorra il termine fissato per l'usucapione, la cosa appartiene, secondo lo *ius civile*, al *dominus* che ha effettuato la *traditio*. Naturalmente egli può chiedere una formula con al centro la *rei vindicatio*; ma in questo caso il pretore inserirà una *exceptio rei venditae et traditae*, ordinando al giudice non solo di accertare se la cosa appartenga all'attore *ex iure Quiritium*, ma anche se essa sia stata da lui ceduta mediante *traditio* e con una *iusta causa*. La dimostrazione dell'avvenuta consegna, della *iusta causa* e del possesso di buona fede da parte dell'acquirente rende vana la pretesa. L'azione è bloccata in virtù dell'*exceptio* ed il convenuto è assolto. Inoltre, chi esercita l'*actio Publiciana* contro il proprietario (rientrato in possesso della cosa) e si vede opporre un'*exceptio* fondata sul *dominium* potrà respingerla con una *replicatio doli*¹¹⁴. Sono ulteriori riflessi della finzione.

Mediante questa disciplina si garantisce che gli atti di alienazione e di acquisto aventi ad oggetto i mezzi della produzione agricola (e le correlative servitù) possano fare a meno del

¹¹² Gai. 1.192.

¹¹³ Cfr. Gai. 2. 41. La finzione ha un raggio d'azione temporaneo. Una volta trascorso il tempo dell'usucapione, subentra la pienezza della proprietà *iure civili*. Vedi CAPOGROSSI COLOGNESI 2016, p. 211.

¹¹⁴ Afr. 6 *quaest.*, D. 9.4.28: ... *sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem 'si dominus eius sit' utilem mihi replicationem doli mali profuturam...* È da tenere presente anche Neratius 3 *membran.*, D. 6.2.17: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio 'si ea res possessoris non sit': sed ut his, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.* Cfr. DI LELLA 1984, p. 120 s. (sul frammento di Africano) e p. 72 ss. (su quello di Nerazio).

ritualismo più antico. I beni fondamentali dell'economia agraria entrano così più agevolmente nel meccanismo della circolazione (in forte sviluppo durante gli ultimi decenni della repubblica), senza che i relativi atti giuridici siano circondati dalle tradizionali forme solenni. Non sono quindi più indispensabili per quei beni la *mancipatio* e *l'in iure cessio*.

Al caso della *traditio* di una *res Mancipi* (effettuata dal *dominus*) se ne aggiunge un altro, per il quale è prevista la tutela pretoria. Se la *traditio*, sia di una *res Mancipi* sia di una *nec Mancipi*, è stata effettuata da un non proprietario, l'azione viene esercitata con successo nei confronti dei terzi che si siano ingeriti nella *possessio*¹¹⁵. La clausola edittale, nella stesura riportata in un passo di Ulpiano, è molto chiara; essa aggiunge una previsione a quella che ricaviamo dalla narrazione gaiana¹¹⁶, e forse si tratta di un ampliamento della clausola dettata da Publicio.

Ait praetor: 'Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo'.

Dichiara il pretore: 'Se qualcuno chiede una cosa a lui consegnata in base ad una giusta causa da chi non ne era proprietario e non usucapita, darò un'azione giudiziaria'¹¹⁷.

Non sembra tuttavia che l'*actio* possa servire contro il vero *dominus*¹¹⁸.

Va ricordato che nella trascrizione ulpiana della norma si è vista più volte un'interpolazione¹¹⁹. Ma se il testo è rimaneggiato, lo è per sottrazione. I compilatori non trascrivono la clausola edittale relativa alla *traditio* di *res Mancipi*, poiché tutta questa materia è per loro ampiamente superata. Invece, l'azione a favore dell'acquirente *a non domino* non ha nulla che contrasti con le modalità usuali della tutela pretoria. Credo che la generalità dell'espressione

¹¹⁵ Cfr. Gai. 2, 43.

¹¹⁶ Gai. 4.36 (già sopra citato, nt. 111).

¹¹⁷ Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.1 pr. Si veda anche l'insieme del frammento.

¹¹⁸ Vd. in proposito Marcell. in Ulp. 76 *ad ed.*, D. 21.3.1 pr.-1; Pomp. 3 *ad Sab.*, D. 6.2.15.; Pap. 10 *quaest.*, D. 6.2.16 (Paul. notat...); Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.1.72. Cfr. invece DI LELLA 2004, p. 72 s., che scorge nel testo più antico ove è menzionata l'*actio Publiciana*, vale a dire Ner. 3 *membr.*, D. 6.2.17, l'ammissione che il *dominus* possa rimanere soccombente di fronte a chi promuova contro di lui l'azione pretoria. Sia nel caso della *traditio* di *res Mancipi*, sia nel caso del trasferimento *a non domino* vale il principio esposto da Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.7.11: *Praetor ait: 'qui bona fide emit, non igitur omnis emptio proderit, sed eam quae bonam fidem habet: proinde haec sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit* (là dove si parla di dolo del venditore, indicato con il pronome *ille*, vi è un difetto formale del testo; e forse la frase riassuntiva alla fine, *neque-nocebit*, non è genuina). Ulpiano richiama anche il parere di Giuliano secondo il quale la buona fede è necessaria sia nella vendita che al momento della *traditio* (Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.7.17).

¹¹⁹ Vedi sul punto LENEL 1927, p. 169 ss. Durante il Novecento si è consolidata l'opinione che anche l'acquisto *a non domino* desse luogo ad una tutela pretoria in base alla quale si fingeva l'usucapione della cosa e che questa azione non potesse essere esperita con successo nei confronti del vero *dominus*. Da ultimo MARRONE 2006, p.335 ss.

id quod traditur – entro il discorso di Ulpiano – sia adeguata alla pluralità di cose cui può riferirsi la *traditio* (*sive mancipi sint eae res sive nec mancipi*, aveva scritto Gaio¹²⁰) e non denoti una manipolazione. Inoltre, l'intervento pretorio sul trasferimento *a non domino* si basa sullo schema noto della *factio*, presuppone la tecnica formulare e trova riscontro in altri frammenti giurisprudenziali¹²¹.

Dunque, in seguito all'alienazione effettuata dal non proprietario, possiamo dire che si affermi un'esigenza di tutela del possesso e della buona fede dell'acquirente. Ad essa risponde un congegno processuale volto ad assicurare quanto più possibile efficacia all'atto con il quale è realizzata l'operazione economica di trasferimento del bene. Così la finzione produce effetti e l'artificio giuridico entra nella realtà sociale.

La possibilità di un ulteriore allargamento dell'*actio Publiciana* è attestata da un passo di Paolo, concernente due tipi di situazioni possessorie per le quali non sarebbe possibile l'usucapione (che nella formula di quell'azione pretoria si immagina come avvenuta). La scelta normativa comune ai due casi è stata considerata, per la sua singolarità, il frutto di una riforma giustiniana¹²².

In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emerò.

Per i fondi *vectigales* e per altri che non possono essere usucapiti, compete l'azione publiciana, se il possesso mi sia stato consegnato in buona fede. Lo stesso avviene se avrò comprato in buona fede la superficie relativa ad un caseggiato da uno che non ne era proprietario¹²³.

Vediamo se in questo brano, a parte le incertezze linguistiche, possa ravvisarsi una disciplina coerente con la struttura dell'azione illustrata da Gaio. In entrambe le ipotesi di trasmissione del possesso si segnala la buona fede dell'acquirente. Ma considerando l'oggetto dell'acquisto, sorgono dubbi interpretativi tali da giustificare la tesi di una non genuinità del testo. Da un lato infatti si parla di possesso degli *agri vectigales*: la situazione è giuridicamente fondata su

¹²⁰ Gai. 2.43.

¹²¹ Un'analisi puntuale è in Di LELLA 1984, p. 87 ss. Non condivido le ipotesi che l'autore avanza circa la datazione delle clausole edittali. Resto fermo alla versione tradizionale che attribuisce la paternità dell'*actio* al pretore Publicio, intorno alla metà del I secolo a.C. (in una fase nella quale il processo formulare è già centrale); e ritengo che l'allargamento all'acquisto *a non domino* sia successivo, ma non di molto (è considerato pacifico da Gaio ed è oggetto del suo insegnamento istituzionale, tendenzialmente volto ad illustrare un diritto formatosi prima di lui).

¹²² Vedi GALLO 1957, p. 269 s.

¹²³ Paul. 19 ad ed., D. 6.2.12.2-3.

una *locatio conductio* e non ha limiti temporali, purché prosegua il pagamento regolare dei canoni¹²⁴. La perpetuità induce a pensare ad una sorta di vendita. Dall'altro lato vi è la cessione di una superficie (anche questa assimilabile, con approssimazione, ad una *locatio* o ad una vendita). L'acquirente in buona fede – dice esplicitamente Paolo – ha avuto la superficie da un non proprietario. In entrambe le vicende soccorre l'*actio Publiciana*. Qual è la ragione del suo impiego?

Sappiamo che per gli *agri vectigales* e per la superficie il pretore garantisce una protezione del possesso, fino al punto di configurare una sorta di diritto reale sul bene¹²⁵. Oltre l'azione contrattuale derivante dal rapporto nel quale si concede l'uso dell'immobile, per entrambi i casi il possessore può servirsi di un'*actio in rem*. Paolo ed Ulpiano ne indicano i presupposti. L'interesse sottostante alla pretesa, che può essere rivolta *erga omnes*, riguarda l'uso del bene, entro i limiti fissati dall'atto costitutivo di concessione dei fondi o di trasferimento della superficie.

Sugli *agri vectigales* Paolo scrive:

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversos ipsos municipales.

Quanto a coloro che hanno ricevuto con una locazione conduzione perpetua da parte dei cittadini di un municipio un fondo da cui trarre frutti, benché non diventino proprietari, si è ritenuto che ad essi compete un'azione reale contro qualsiasi possessore, persino contro gli stessi cittadini del municipio¹²⁶.

Vi è nel testo un confronto diretto tra il possesso dei conduttori e il *dominium*. Il giurista osserva come implicitamente l'attribuzione dell'*actio in rem* avvicini il potere del vettigalista al modello della proprietà (questo è il senso della proposizione concessiva *quamvis non efficiantur domini*). L'elemento simile è la difesa *erga omnes*; ma contestualmente egli rileva la differenza.

Per quanto riguarda la tutela giudiziaria del superficiario, è Ulpiano a trascrivere la clausola dell'editto con cui si prevede un'*actio in rem*, volta ad integrare la difesa interdittale:

Ait praetor: 'Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. si qua alia actio de superficiei postulabitur, causa cognita dabo'.

Dichiara il pretore: 'Poiché in base ad una clausola della locazione o della conduzione uno avrà in uso da un altro non con la forza, non clandestinamente, non precaria-

¹²⁴ Paul. 21 *ad ed.*, D. 6.3.1 pr. Ha richiamato la mia attenzione su questo testo – come su altri che vi sono connessi – il professor M. Sperandio, che se ne sta occupando in un lavoro dal titolo *Natura, ragione e proprietà in Gaio*, di prossima pubblicazione.

¹²⁵ Vedi GALLO 1964, p. 30 ss.; GAGLIARDI 2011, p. 5 ss.

¹²⁶ Paul. 21 *ad ed.*, D. 6.3.1.1. Il termine *municipes* indica prima la comunità nel suo insieme, poi i singoli componenti.

mente, la superficie di cui si tratta, proibisco che sia fatta violenza affinché egli non ne fruisca. Se verrà chiesta un'altra azione a tutela della *superficies*, la concederò dopo avere esaminato la causa¹²⁷.

La norma suggerisce un'analogia fra l'azione pretoria e la *vindicatio usus fructus*¹²⁸.

Se è questa la protezione giudiziaria solitamente accordata al possesso nei due casi che stiamo esaminando e se essa muove dall'esigenza (del vettigalista o del superficario) di salvare la continuità nell'uso del bene, allora il ricorso all'*actio Publiciana* non può che collocarsi in uno spazio diverso, come del resto emerge nella breve formulazione di Paolo, che evoca per la superficie un acquisto *a non domino* (in D. 6.2.12.3). Possiamo supporre che in entrambi i casi sia questo il presupposto.

Credo che così debba delinearsi il congegno giuridico. Quali elementi abbiamo per ritenere che esso appartenga alla giurisprudenza e non al diritto giustiniano?

Quanto agli *agri vectigales*, il testo paoliano in cui è prevista l'*actio Publiciana* ricorda espressamente che essi rientrano fra i *praedia* per i quali non è ammessa l'usucapione. Sembra sottinteso un parallelismo con i fondi provinciali. È difficile che l'osservazione sia dei compilatori, dal momento che i limiti tradizionali posti all'*usucapio* sono stati rivoluzionati da Giustiniano¹²⁹. Per quel che riguarda invece la *superficies*, siamo fuori dalla nozione di *praedia*; si tratta piuttosto di un diritto reale su cosa altrui. Vi è un parere di Pomponio – brevemente citato in un altro passo ulpiano – circa l'impiego dell'azione con riferimento ad un'*insula*, acquistata separatamente dal terreno su cui era stata costruita. L'*insula* è andata distrutta: [...] *item, inquit, si insulam emi et ad area mea pervenit* ("se crollando è finita sul terreno sottostante"), *aeque potero uti Publiciana*¹³⁰. Si può credere in questo caso che l'azione sia esercitata dall'acquirente divenuto superficario, nei confronti dell'alienante, poiché questi non era *dominus* del terreno. Ciò confermerebbe l'enunciato duplice di Paolo in D. 6.2.12.2-3.

Alcune pagine di un trattato tardo-ottocentesco di Charles Appleton collocano senza esitazioni nel contesto formulare le due applicazioni estensive della *Publiciana*¹³¹. Per il vettigalista e il superficario, tutelati dall'*actio in rem*, l'acquisto *a non domino* rende necessaria un'azione pretoria, nella quale si suppone forse la regolarità dell'atto traslativo o una sorta di usucapione. È difficile, secondo l'autore, immaginare quale finzione potesse essere impiegata¹³². Egli tende perciò ad identificare *actio in rem* con *actio Publiciana*; ma con questa ipotesi

¹²⁷ Cfr. Ulp. 70 *ad ed.*, D. 43.18.1 pr.

¹²⁸ Più avanti, in una frase che la critica interpolazionistica ha additato come giustiniana, ma che non si discosta dalla sostanza dell'enunciato pretorio, il testo indica come oggetto di tutela una situazione simile all'usufrutto, cioè ad un diritto reale. Vedi Ulp. 70 *ad ed.*, D. 43.18.1.6.

¹²⁹ Imp. Iustinianus A. *Johanni pp.*, C. 7.31 (a. 531).

¹³⁰ Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.11.10.

¹³¹ APPLETON 1889, I, p. 100 ss.

¹³² APPLETON 1889, p. 101: "Mais comme nous ne connaissons pas la formule du titulaire du droit, il faudrait la conjecturer, puis imaginer la modification qu'elle subit lorsqu'elle est intentée par un acquéreur *a non domino*, en un mot, baser une conjecture sur une autre conjecture, ce qui constitue une méthode peu sûre".

ignora la differenza di struttura e di funzione tra i due mezzi. Il secondo implica necessariamente una *factio*, un'alterazione dei fatti che manca nel primo. Non si tratta di un dato trascurabile. Senza la finzione non si potrebbe ricondurre un acquisto privo di fondamento all'immagine della situazione (possesso dell'*ager vectigalis* o superficie) da cui nasce nella normalità dei casi l'*actio in rem*.

Ma è il momento di fermarsi: le tracce di cui disponiamo non sono sufficienti per una ricostruzione sicura. Non è chiaro se sia introdotta l'immagine di un'*usufructio* o se la tutela presupponga soltanto il possesso¹³³. Tenendo fermo questo margine di incertezza, ciò che mi interessa mettere in luce è l'invenzione sottintesa nelle formulazioni attribuite a Pomponio e Paolo. Comunque, si suppone vi siano i presupposti per l'*actio in rem*, che invece mancano: si inventa qualcosa che non è nei fatti. Se il punto d'arrivo così indicato è davvero nella *iurisprudencia*, ciò significa un uso inedito dell'*actio Publiciana*, coerente tuttavia con i testi che abbiamo letto finora.

La coerenza costituisce un argomento per sostenere la genuinità di quei due testi. Se invece l'estensione è opera dei compilatori, allora essa presenta aspetti di inattualità, poiché adopera schemi di origine formulare, recuperando la specifica azione *facticia* prevista per gli acquisti di *res* da un non proprietario e distinguendola dalla comune tutela (*actio in rem*) del vettigalista e del superficiario. In entrambe le ipotesi (attribuzione ai giuristi o rimaneggiamento giustiniano) si ravvisa una prova di vitalità della finzione, un uso innovativo di immagini artefatte, il cui statuto teorico è quello che emerge dalla *iurisprudencia*.

10. Ipotesi sulla morte e sulla sopravvivenza

Entriamo ora in un campo di applicazione della *factio* che è tutto governato dalla giurisprudenza. La manipolazione della realtà dipende da singole operazioni interpretative, che costituiscono precedenti e si ripropongono nel tempo, con meccanismi logici omogenei, ma anche più volte con pareri dissonanti.

Tratterò due esempi. Nel primo la finzione ha un impiego circoscritto, contiguo all'uso di procedimenti induttivi e finalizzato alla regolazione di situazioni personali. Il secondo tipo di *factio* riguarda invece la disciplina delle *condiciones*.

¹³³ Non sembra invece avere dubbi BRETONE 2001, p. 308, che parla di estensione in via utile dell'*actio Publiciana*. Complessivamente, egli considera la finzione di questa *actio* (p. 309 s.) dettata da un atteggiamento conservatore, mentre io sono dell'opinione contraria. Il fatto che la disciplina del *dominium* resti intatta dopo l'introduzione della *Publiciana* non può farci disconoscere la novità, determinata dall'introduzione di un mezzo di tutela sostanzialmente in contrasto con lo *ius civile*. Questa novità prevale sul rispetto formale della distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, che l'editto non tocca (poiché crea nei fatti una sorta di inedita appartenenza sulle *res Mancipi*, da far valere processualmente e sganciata dalle regole antiche). È evidente la potenzialità riformatrice dell'*actio*, che riguarda le forme giuridiche della circolazione ed il superamento del ritualismo proprio della *Mancipatio* e della *in iure cessio* per una serie di beni agrari, considerati preziosi nella tradizione e resi – con l'espedito pretorio, a metà del I secolo a.C. – più facilmente commerciabili. D'altro canto, con la tutela dell'acquirente *a non domino*, si protegge chi è in buona fede (in tutte le direzioni salvo che nei confronti dello stesso *dominus*) e si favorisce la circolazione.

Comincio con l'esaminare le vicende giuridiche che seguono alla scomparsa di più persone, travolte dallo stesso evento e legate da rapporti giuridici: in particolare da rapporti rilevanti ai fini successori. Di solito per i *commorientes*¹³⁴ non risulta l'esatta sequenza dei decessi, né si può stabilire chi sia erede dell'altro o a quali eredi vadano i patrimoni rimasti acefali. Di fronte a situazioni del genere è necessario trovare criteri risolutivi. Basta la rassegna di alcuni testi per vedere che i pareri non sono uniformi¹³⁵. Accanto a meccanismi di presunzione (conformi al senso che abbiamo assunto per questo schema), vi è anche, con margini più stretti, il ricorso alla finzione.

Papiniano, affrontando il caso di una madre e di un figlio infante, morti assieme in un naufragio, dichiara esplicitamente di decidere in base a ciò che gli appare verosimile. Usa questa nozione, che rimanda ai fatti e che è imparentata con il *praesumere*¹³⁶.

Inter socerum et generum convenit, ut, si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obisset, vir dotis portionem in matrimonio defuncta retineret. mulier naufragio cum anniculo filio periit. quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse, virum partem dotis retinere placuit.

Tra suocero e genero si è convenuto che, se la figlia al momento della morte avesse avuto un figlio dell'età di un anno ancora vivo, la dote spettasse al marito e che, se il figlio fosse perito quando la madre era ancora viva, il marito trattenesse una parte della dote, in caso di decesso della moglie durante il matrimonio. La moglie è morta in un naufragio insieme al figlio dell'età di un anno. Poiché appariva verosimile che l'infante fosse morto prima della madre, si ritenne preferibile che il marito trattenesse una parte della dote¹³⁷.

Si pensa che la madre adulta sia sopravvissuta al bambino durante il naufragio, sia pure per breve tempo. L'incertezza si scioglie con un rinvio al verosimile, quindi ad un modello tratto dall'esperienza¹³⁸. La soluzione coincide con una precedente di Gaio, enunciata senza argomentazioni:

Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intellegitur.

Se una donna è morta in un naufragio con un figlio impubere, si ritiene che sia rimasto ucciso prima il figlio¹³⁹.

¹³⁴ Il termine è in Ulp. 33 *ad Sab.*, D. 24.1.32.14.

¹³⁵ Vedi ALBANESE 1979, p. 14.

¹³⁶ Il parallelismo concettuale è visibile in Paul. 9 *ad ed.*, D. 50. 17.114: *In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.* Cfr. BRUTTI 2017, p. 91 ss. (su "la volontà verosimile e le prassi dominanti").

¹³⁷ Pap. 4 *resp.*, D. 23.4.26 pr.

¹³⁸ Il giudizio di verosimiglianza è contiguo alla presunzione.

¹³⁹ Vedi Gai. 5 *ad l. Iul et Pap.*, D. 34.5.23 (24).

Vi è anche qui un richiamo alla normalità ed al verosimile? La madre dovrebbe avere una maggiore resistenza rispetto al bambino e forse da ciò scaturisce la soluzione¹⁴⁰. Se è così, il procedimento è induttivo.

L'idea di una sopravvivenza del figlio pubere al genitore e di questo al figlio impubere torna anche altrove. Sembra che si consideri in grado di sopravvivere, sia pure per poco, chi è più vigoroso. È una motivazione non dichiarata, che sarà ripresa con nuovi sviluppi nella tradizione romanistica, dando luogo a svariate ipotesi di presunzione¹⁴¹.

Le diverse proposte vengono drasticamente semplificate da Marciano, in linea con un rescritto di Antonino Pio. Davanti alle morti collettive, nulla si può supporre sui tempi e bisogna fermarsi a ciò che è visibile.

Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit, an frater fratri existat heres an contra: vel si duo invicem necessarij substituti sunt et una perierint, an heredes exstitisse videantur: vel alter alteri (hoc est si invicem) hereditatem rogati fuerint restituere. in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

Ma anche in quella situazione se parimenti siano morti il pupillo erede necessario, e il fratello che era sostituito a lui nel testamento, si discute se un fratello risulti erede dell'altro o il contrario; oppure, quando i due, reciprocamente eredi necessari, siano stati designati come sostituti e siano morti assieme, si discute se vengano considerati eredi; o si discute quando all'uno e all'altro (cioè reciprocamente) sia stato raccomandato mediante fedecommesso di trasmettere il patrimonio ereditario ricevuto. In questi casi se sono parimenti deceduti e non appaia chi è spirato per primo, non si ritiene che uno sia sopravvissuto all'altro¹⁴².

Se muore prima il pupillo e poi il fratello designato in sostituzione, l'eredità va a questo. Se è lui a morire prima dell'altro, sarà il pupillo ad ereditare. E con i due fedecommessi che vincolano reciprocamente i fratelli, il decesso di ciascuno in momenti diversi determinerà la *restitutio* dell'intero patrimonio ereditario a chi vive di più.

Più volte per i *commorientes* la giurisprudenza formula rilevazioni presuntive; ed è sottinteso che ciascun interessato può capovolgerle, esibendo prove idonee a smentirle. Ma la scelta finale di Marciano sgombra il campo dalla varietà delle rilevazioni possibili e si limita al procedimento induttivo più immediato. Se sono deceduti nello stesso frangente, non conta l'eventuale sfasatura temporale. In relazione agli effetti giuridici dell'evento che li ha colpiti, essi sono sullo stesso piano.

¹⁴⁰ Vedi LAMBERTINI 1984, p. 54 ss.; PALMA 1992, p. 36 s.

¹⁴¹ Un quadro riassuntivo riguardante il rapporto padre-figlio è in Tryph. 21 *disput.*, D. 34.5.9(10).4. L'ipotesi di sopravvivenza dell'uno o dell'altro vale fino a prova contraria.

¹⁴² Marcian. 3 *reg.*, D. 34.5.18(19) pr. e D. 34.5.16(17) pr.

Dunque, i frammenti citati indicano una linea interpretativa che desume il tempo della vita dall'età e forse dalla capacità di resistenza delle persone decedute; ma indicano anche la scelta di un'equiparazione delle singole posizioni, con il superamento delle differenze casistiche. Sugli usi moderni di questi materiali normativi ricordo soltanto la serie articolata delle presunzioni relative a coloro che sono morti insieme, svolta nel *Code civil* del 1804 (artt. 720-722)¹⁴³. Vengono fissate regole diverse a seconda dell'età e del sesso: le varie condizioni naturali dei singoli, messe in ombra dall'ideologia del soggetto unico, incidono su questo aspetto marginale dello *ius personarum*; mentre il Codice italiano del 1865 (art. 924) e quello del 1942 (art. 4)¹⁴⁴ sembrano più vicini alla semplificazione di Marciano.

La forma-codice impone una determinazione coerente ed univoca. Perciò, quale che sia la scelta, queste disposizioni ci appaiono strutturalmente diverse dagli antichi eterogenei pareri dei giuristi romani e molto lontane dal pluralismo teorico che caratterizzava il loro lavoro.

Da altri testi della *iurisprudencia* emerge una formulazione logicamente diversa rispetto a quella che abbiamo ora analizzato. Essi postulano una scansione temporale delle morti, che viene giustificata soltanto attraverso un giudizio di valore sugli interessi in gioco. Non si argomenta in base alla verosimiglianza e quindi muovendo dalla registrazione di una realtà. Piuttosto, si rappresentano i fatti in funzione di un dover essere. È in questi casi che interviene la finzione.

Traggo il primo esempio da un frammento di Giavoleno: si deve ritenere – egli afferma – che il figlio pubere sia morto dopo la madre, anche se la verità non è accertabile.

Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisset.

Una madre è morta con il figlio pubere: poiché non si può verificare chi dei due sia morto per primo, è più umano credere che il figlio sia vissuto più a lungo¹⁴⁵.

Perché viene considerata più umana questa ipotesi di sopravvivenza? Non è il riconoscimento di una comprensibile normalità. Il comparativo *humanius* indica la decisione più degna, che si indirizza verso un obiettivo voluto dal giurista e costituito dalla salvaguardia degli eredi del

¹⁴³ La logica è la stessa seguita da POTHIER 1777, ed. 1821, chap. III, sect. 1, p. 235 s.

¹⁴⁴ “Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona ad un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento”. La “situazione di non sopravvivenza stabilita dalla legge” è ricondotta da SANTORO PASSARELLI 1960, p. 979, alla “pura e semplice applicazione della regola fondamentale in materia di prova, secondo cui spetta a chi afferma un fatto, nel caso il fatto della sopravvivenza, darne la prova”. L'autore scarta perciò il concetto di presunzione.

¹⁴⁵ Iav. 5 ex Cassio, D. 34.5.22.

figlio¹⁴⁶. L'ipotesi che il figlio sia vissuto più a lungo fa sì che prevalga la discendenza in linea maschile rispetto alla successione a favore della madre e poi dei suoi eredi. Ma non si fonda su un'*inductio*. Il percorso è un altro. *Humanus est* indica genericamente un giudizio di valore ed ha una funzione argomentativa rispetto al fine. La maggiore umanità è il fondamento dichiarato di un'invenzione senza appigli fattuali.

La conclusione di Giavoleno, tuttavia, non è salda come sembra. Vediamo infatti che una *constitutio* adrianea citata da Trifonino si muove in senso opposto:

Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus creditit patrem prius mortuum.

Poiché il padre era morto in guerra con il figlio e la madre aveva rivendicato i beni del figlio, come se egli fosse morto dopo il padre, e così anche gli agnati del padre <avevano rivendicato quei beni>, il divo Adriano ritenne che fosse morto prima il padre¹⁴⁷.

Considerando che il figlio era morto in guerra assieme al padre, non mi pare possibile che fosse impubere. Del resto, non sappiamo se l'evento letale sia stato unico. L'unica ragione per la quale Adriano sostiene l'ipotesi di sopravvivenza del padre è nelle conseguenze giuridiche che si ricollegano a questa ipotesi, evidentemente guardate con maggior favore¹⁴⁸. Dall'immagine del figlio che muore dopo il padre deriva la chiamata della madre all'eredità. Così la rappresentazione dei fatti è piegata ad un fine, che il *princeps* predilige. *Divus Hadrianus creditit*: queste parole – in assenza di altri motivi – non possono che sottintendere una *factio*.

Nel seguito del frammento, Trifonino si stacca dalla costituzione imperiale, per introdurre un'ulteriore finzione, su un caso diverso e con una valutazione che rassomiglia a quella di Giavoleno, facendo appello alla *reverentia*: un concetto non definito sul piano giuridico (se non per l'effetto preclusivo della *in ius vocatio* del *patronus* da parte del liberto¹⁴⁹), ma capace di evocare la dimensione morale dello *ius patronatus*.

Si cum filio suo libertus simul perierit intestati, patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim reverentia suggerente dicimus.

Se un liberto sia morto nello stesso tempo con suo figlio, essendo essi intestati, il patrono è chiamato all'eredità legittima, se non si prova che il figlio sia sopravvissuto al padre: diciamo che ciò avviene in quanto è suggerito dal dovere di onorare il patrono¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Una diagnosi di genuinità circa questa formulazione era già stata espressa da DONATUTI 1930, p. 434, in un tempo nel quale la critica interpolazionistica era in fase espansiva.

¹⁴⁷ *Triph. 21 disput.*, D. 34.5.9(10).1.

¹⁴⁸ Secondo i pareri di Giavoleno e Gaio, si ritiene che il genitore sia morto dopo il figlio, se questi è impubere. Qui vi è un capovolgimento.

¹⁴⁹ Era necessaria una preventiva autorizzazione all'esercizio dell'azione da parte del magistrato giudicante. Vedi Gai. 4.183; *Ulp. 5 ad ed.*, D. 2.4.4.1.

¹⁵⁰ *Tryph. 21 disput.*, D.34.5.9 (10).2.

Si suppone, fino a prova contraria, una sopravvivenza del padre al figlio. Questa ipotesi non è il risultato di un'induzione; sembra piuttosto una *fictio* che spezza l'evento in due momenti distinti. La morte del liberto è ritenuta successiva e ciò determina il passaggio dei beni al patrono. Ma questo non è che un espediente per stabilire una precedenza nella successione, che esprime una scelta politica. Il vincolo di soggezione imposto al liberto si traduce nella *reverentia*: è questo il valore che giustifica la soluzione normativa, come l'*humanus* per Giavoleno. In nome della *reverentia*, il patrono passa avanti al figlio. Fingere è lo strumento logico per incidere sulle regole successorie, con un mutamento altrimenti improponibile¹⁵¹.

11. I giuristi e il finto adempimento delle condizioni

Esaminerò ora un ultimo modello di finzione, elaborato autonomamente dai giuristi, che si ripropone più volte, incidendo sulla prassi. Vedremo alcuni esempi significativi, dai quali emerge il rapporto tra il procedimento logico e le finalità a cui esso mira.

Lo schema che intendo analizzare ruota attorno alla figura della condizione. Siamo nel campo degli atti giuridici coi quali i privati dispongono dei loro beni, ne stabiliscono la destinazione oppure costituiscono rapporti obbligatori, di solito legati all'attività economica. Abbiamo quindi in ogni atto una manifestazione di volontà. Cito in proposito due tipi di atti, che incontreremo tra poco: il testamento, col quale il *pater* dispone la destinazione dei propri

¹⁵¹ Attraverso queste finzioni, formulate (da Giavoleno, dalla costituzione adrianea, da Trifonino) per singoli casi, senza propositi generalizzanti, si immagina una vita che si protrae, oltre la fine di altre vite, travolte assieme. Tra i *commorientes* se ne sceglie uno, sulla base di una valutazione delle conseguenze giuridiche considerate più degne. Analogamente, sulla finzione della vita nel periodo prenatale (anche in questo caso una vita immaginata) si fonda la tutela di interessi riferiti al concepito e legati al meccanismo successorio. Essi assumono una consistenza soltanto dopo il parto e la nascita, vale a dire nel momento in cui può esservi una *delatio hereditatis*: Paul. *l. sing. de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*, D. 1.5.7: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur...* L'espressione *perinde ac* è spia semantica di una *fictio*, che anche in questo caso è introdotta dalla giurisprudenza. Vedi Paul. *l. sing. ad s. c. Tertullianum*, D. 50.16.231. Un modo più debole di esprimere la medesima finzione è in Cels. 28 *dig.*, D. 38.16.7: *...conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*. Muovendo dai testi romani, Andrea Alciato (1548, I.5-6, col. 727) colloca questo tipo di *fictio* nella sfera dell'impossibile: si tratta quindi di un caso posto come eccezione rispetto alla *definitio* iniziale dell'umanista (vedi sopra, nt. 3), che limitava la contraffazione dettata da una *iusta causa* all'orizzonte della possibilità. *Quod autem subditur, in re possibili, dictum est, quia lex non fingit impossibilia secundum naturam [...]* Sed tu circa hoc adverte quia videtur dicendum quod imo lex fingat etiam impossibilia, dummodo subsit aequitas. Et pro ista parte primo adducitur textus in *l. qui in utero ff. de statu hominum* (D. 1.5.7) et in *l. vel si vivo ff. de suis et legit.* (D. 38.16.7) *ubi fingitur natus et vivere is qui in utero est: quod est impossibile, praesertim intra quadraginta dies, quo tempore nondum formatur infans nec animam habet*. La problematicità accennata nelle parole finali riguarda l'accertamento scientifico relativo al formarsi della vita, ma è evidente che non elimina l'impossibilità di una soggettivazione prima della nascita (soprattutto, secondo Alciato, nel primo periodo della gravidanza). Sui testi della *iurisprudencia* in tema di imputazioni giuridiche al concepito, cfr. ALBANESE 1979, p. 11 ss. L'enunciato dell'art. 1, comma 2 del Codice civile italiano del 1942 su questa materia, particolarmente conciso, sgombra il campo da ogni incertezza: "I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita". Il riconoscimento dei diritti consegue all'acquisizione della capacità giuridica con la nascita (secondo il comma 1). Perciò, l'operazione intellettuale che consiste nell'immaginare diritti anteriori alla nascita (benché destinati a sfumare nel nulla, se il processo vitale della gestazione si interrompe) implica una finzione, priva di segni linguistici che le corrispondano nel tenore letterale della norma. Questa "finzione sottintesa" ha scarsa incidenza, dal momento che gli effetti giuridici derivano comunque dal fatto inequivoco della nascita.

beni dopo la morte; e poi la stipulazione, con la quale una persona promette una prestazione (un dare o un fare) ad un'altra.

La condizione è una clausola che si aggiunge all'atto. Con essa gli effetti giuridici vengono subordinati ad un avvenimento futuro ed incerto. Vedremo una serie di casi nei quali soltanto la condotta di colui che trarrà vantaggio dall'efficacia dell'atto realizza la condizione. L'interessato è arbitro del futuro.

In che cosa consiste la finzione? Un primo esempio ci riporta al momento storico di passaggio dalla repubblica al principato. Il giurista è Trebazio, vissuto tra la fine del I secolo a.C. e gli inizi del successivo (amico di Cicerone – come già ho detto – sarà più tardi tra i consulenti di Augusto). Il caso è quello di un testamento, col quale viene disposta la liberazione di un servo (quindi la destinazione di un bene incluso nel patrimonio ereditario). Ulpiano narra la vicenda e cita Trebazio.

Si quis sic acceperit libertatem 'cum decem dare poterit, liber esto', Trebatius ait, licet habuerit decem vel idoneus fuerit ad acquirendum et conservandum peculium, tamen non alias ad libertatem perventurum, nisi dederit aut per eum non steterit, quo minus dederit: quae sententia vera est.

Se uno abbia acquistato la libertà in base alla seguente disposizione testamentaria: 'sarà libero a condizione di poter dare dieci', Trebazio dice che, pur avendo egli i dieci o essendo idoneo ad acquisire o conservare un peculio, tuttavia non giungerà alla libertà se non nel caso in cui abbia pagato la somma o non sia dipeso da lui il mancato pagamento: e questo enunciato è vero¹⁵².

È chiara la soluzione. Se il servo paga, risulta avverata la condizione, che consisteva letteralmente nel poter pagare. Anzi, sembra che questo sia in concreto il solo avveramento ammesso dal giurista. Il "poter pagare" è una situazione evanescente (qui accostata all'idoneità ad avere dal *dominus* un *peculium*: una dotazione patrimoniale da amministrare a suo nome)¹⁵³. Trebazio preferisce far leva su un fatto certo: quando il pagamento avviene, la *condicio* risulta attuata. Questo perché l'avvenuta dazione implica necessariamente il "poter pagare".

Allo stesso modo – aggiunge il giurista – lo schiavo è libero se non sia dipeso da lui il non avveramento della *condicio*. Egli stesso doveva porre in essere il comportamento cui si riferiva la condizione e non lo ha fatto. Se ha volontariamente deciso di non pagare, la condizione è senz'altro inattuata. Ma se l'impedimento è stato determinato da altri, allora l'esito è lo stesso che si avrebbe in seguito al realizzarsi della *condicio*. Ciò significa costruire un'immagine del caso, fingendo che la condizione si sia avverata. Il risultato che ne deriva è

¹⁵² Ulp. 27 *ad Sab.*, D. 40.7.3.12.

¹⁵³ Non mi sembra fondata la lettura di Grosso 1930, p. 26 s., che considera alterato il testo, proprio là dove descrive la possibilità del pagamento. È su questo punto che si pronunzia Trebazio; mentre l'ipotesi dello schiavo che determina il mancato avveramento della *condicio* è ben distinta dalla prima parte dell'esposizione. Vedi Masi 1966, p. 244 ss.

la libertà¹⁵⁴. Ulpiano è d'accordo con Trebazio, a distanza di molto tempo (più di due secoli). È il segno di una tradizione che si è consolidata. Guardiamone alcuni momenti.

In un frammento di Paolo troviamo espressa sullo stesso punto l'opinione di Sabino.

Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum, quo minus daret...

Colui a favore del quale fu prescritto nel testamento che il servo desse dieci per essere libero, è morto. Sabino afferma che se il servo avesse avuto disponibili i dieci sarebbe stato libero, poiché non dipendeva da lui il fatto di non aver pagato...¹⁵⁵.

Il testamento stabilisce la *manumissio*, prevedendo una condizione. Egli sarà libero soltanto se avrà pagato una somma di danaro (dieci). Ma il beneficiario che il testatore ha indicato muore. La condizione non può avverarsi. Sabino tuttavia afferma che il servo sarà ugualmente libero, purché abbia avuto la disponibilità del danaro e sia stato pronto – bisognerà provarlo – a pagare in tempo, prima che morisse colui che doveva ricevere la somma. Non è dipeso dal servo il mancato pagamento: questa è la motivazione per cui la *condicio* si finge avverata.

Il consolidarsi di questa disciplina è attestato da un passo di Giavoleno:

Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur.

Se l'eredità di colui che aveva ordinato la liberazione dello schiavo, a condizione che rendesse i conti entro trenta giorni dalla morte del testatore, viene accettata dopo che siano trascorsi trenta giorni, allora in questa situazione, secondo il diritto inteso strettamente, il manomesso non può essere libero, giacché è venuta meno la condizione. Ma il favore per la libertà ha spinto la situazione al punto tale che nei

¹⁵⁴ La stessa soluzione si prospetta, sia pure marginalmente, in un altro testo, ove è descritto un caso più complesso. Vedi Ulp. 27 *ad Sab.*, D. 40.7.3.11. La condizione è fissata con un ordine rivolto allo schiavo di dare dieci all'erede entro trenta giorni dalla morte del testatore. L'erede (*extraneus*) compie tardivamente l'*aditio*, ma senza dolo. Da questa condizione di buona fede Trebazio e Labeone fanno discendere un'interpretazione del testamento che estende il tempo previsto per l'adempimento della *condicio* e lo calcola a partire non dalla morte, ma dall'*aditio*. A questo punto, è introdotta, probabilmente da Ulpiano, un'ulteriore ipotesi: mentre il tempo passava oltre il termine previsto, è avvenuto che lo schiavo abbia perso il danaro necessario. La non tempestività dell'accettazione lo ha danneggiato. Poiché questo ritardo non dipende da lui ma dall'erede, si finge che la condizione si sia avverata. Gran parte del testo (in particolare la finzione) è sospettata da Grosso 1930, p. 19 ss. Più cauto MASI 1966, p. 247 ss. Cfr. FREZZA 1962, p. 357, decisamente orientato per la genuinità e convinto che l'uso della finzione indicato da Ulpiano nel commento *ad Sabinum* sia diffuso tra i giuristi riconducibili alla scuola sabiniana. In effetti, questo orientamento è concordemente espresso da Sab. apud Paul. 16 *ad Plaut.*, D. 40.7.20.3; Iav. 6 *ex Cassio*, D. 40.7.28 pr.; ed è autorevolmente confermato da Giuliano. Vedi anche, sulla stessa linea, STARACE 2006, p. 270 ss.

¹⁵⁵ Paul. 16 *ad Plautium*, D. 40.7.20.3.

responsi dei giuristi si dia per verificata la condizione, se l'inadempimento non è dipeso da colui al quale la condizione si riferiva¹⁵⁶.

L'accettazione dell'*hereditas* è intervenuta tardivamente, dopo i trenta giorni che erano stati fissati, a partire dalla morte del testatore. Perciò la condizione di rendere i conti entro quel termine non trova attuazione in base allo stretto diritto. Solo il *favor libertatis* può modificare questo stato di cose¹⁵⁷. Giavoleno racconta che la linea favorevole alla libertà ha spinto (ed usa il verbo al passato *perduxit*) a fingere il verificarsi della condizione, scavalcando lo *ius strictum*, purché non sia stato il servo a vanificarla con un'iniziativa consapevole. In queste parole si può cogliere l'allusione ad un indirizzo stabilito da più parti¹⁵⁸.

Torniamo al brano di Paolo da cui abbiamo tratto la citazione di Sabino. Subito dopo, viene illustrato il pensiero di Giuliano, che prospetta un esempio più articolato ed un'interpretazione estensiva della tesi precedentemente enunciata. L'uso del sintagma *ius constitutum* conferma che vi era stata sul punto una concordia di responsi.

Iulianus autem ait favore libertatis constituto iure hunc ad libertatem perventurum, etiamsi postea habere coeperit decem. adeo autem constituto potius iure quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut, si eidem et legatum sit, mortuo eo cui dare iussus est ad libertatem quidem perveniet, non autem et legatum habiturus est: idque et Iulianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit. diversa causa est eius, quem heres prohibet conditioni parere: hic enim ex testamento ad libertatem pervenit.

Giuliano sostiene che secondo il diritto costituito per favorire la libertà questo schiavo sarebbe diventato libero, anche se avesse acquistato la disponibilità di dieci successivamente alla morte del beneficiario indicato nel testamento. Egli giunge alla libertà in base al diritto costituito piuttosto che in base al testamento, tanto che se in suo favore sia stato anche disposto un legato, morto colui al quale gli era stato ordinato di pagare, egli giungerà alla libertà, ma non otterrà il legato: anche Giuliano è di questa opinione, affinché quello abbia un trattamento simile agli altri legatari.

¹⁵⁶ Iav. 6 *ex Cassio*, D. 40.7.28 pr.

¹⁵⁷ Il giurista esplicita un ragionamento che è presente in Ulp. 27 *ad Sab.*, D. 40.7.3.11.

¹⁵⁸ Anche qui GROSSO 1930, p. 19 s., scorge alterazioni testuali. Al contrario, MASI 1966, p. 246 s. si distacca dall'orientamento interpolazionistico. In opposizione alla "critica distruttiva" del testo, vd. MANTHE 1982, p. 145 ss. e 315 s.; STARACE 2006, p. 261 ss., spec. 265 (mediante la finzione viene "forzato" lo *ius strictum*). Non vi sono nel testo elementi che facciano pensare ad un contrasto tra Giavoleno e Cassio. La divergenza di opinioni si può solo immaginare ricordando l'ostilità conservatrice di Cassio verso gli schiavi, da lui considerati (come attesta Tacito, *Annales* 14. 42-44) un pericolo per i padroni (cfr. VIARENGO 1980, p. 38). In occasione dell'omicidio del *praefectus urbi* Pedanio Secondo, nel 61 d.C., parlando in senato, Cassio aveva sostenuto l'applicazione rigorosa del *senatusconsultum Silanianum* e la messa a morte dell'intera *familia* servile dell'ucciso, pur non essendovi alcuna prova di responsabilità degli schiavi. Aveva affermato che soltanto con la paura (che è il prodotto di una repressione così dura ed indiscriminata) si può tenere a freno la massa eterogenea degli schiavi. Ma l'uso della paura, rivendicato per fronteggiare rischi di ribellione e violenza, non riguardava i servi obbedienti: quelli verso i quali viene disposta come premio la *manumissio testamento*. Soltanto per questo genere di servi vale il *favor libertatis* ed essi non sono visti come una minaccia.

È diversa la posizione giuridica di colui al quale l'erede proibisce di obbedire alla condizione: questi infatti giunge alla libertà in base al testamento¹⁵⁹.

Lo schiavo diventerà libero – questo il nuovo enunciato – anche se avrà acquisito la disponibilità del danaro dopo la morte del beneficiario. La *condicio* diceva il contrario, ma è cancellata. L'espressione *favore libertatis constituto iure* indica un segmento di disciplina che ha raggiunto una stabilità e che è opera dei giuristi¹⁶⁰. Un segmento di disciplina ispirato all'intenzione politica di favorire l'acquisto della libertà. In base ad esso si salva l'affrancamento dello schiavo.

Il *favor libertatis* giunge fino a costruire un'immagine nella quale la disponibilità del danaro, sia pure successiva al tempo in cui sarebbe stata utile, basta a far considerare attuata la condizione relativa al pagamento. Ciò vale – è detto in questo passo – soltanto per la manumissione testamentaria e non vale per i legati, sui quali non influisce il *favor libertatis*.

Comunque lo *ius constitutum*, volto a favorire la liberazione dei servi, va oltre il testamento, ne supera il contenuto letterale. Il servo – leggiamo – *constituito potius iure quam ex testamento ad libertatem pervenit*.

A ben guardare, il giurista introduce qui una doppia finzione. Considera la *condicio* attuata; e ciò in contrasto con quanto di fatto è avvenuto. Questo perché il mancato avveramento non è dipeso dal servo. Ma al tempo stesso egli finge che la morte del beneficiario indicato dal testatore non sia intervenuta prima che lo schiavo ottenesse la disponibilità della somma.

Infine, Giuliano avanza un'ulteriore ipotesi. Che cosa accade se l'erede ha proibito al servo di obbedire alla condizione? Può farlo, ottenendo il risultato voluto, poiché egli ora è il *dominus*. Siamo di fronte ad un fatto (il *prohibere*) avvenuto prima che il beneficiario morisse. Adesso il giurista afferma che in base al testamento la condizione si intende attuata. Ricorre in questo caso ad una finzione più semplice, tutta interna all'interpretazione delle *tabulae*. L'erede è vincolato alla *manumissio*; se la impedisce va contro il testamento. Quindi, il *favor* opera nel rispetto di questo.

L'interpretazione proposta fa leva sulla volontà del testatore (secondo lo schema retorico dell'opposizione tra *scriptum* e *sententia*)¹⁶¹. Nelle *tabulae* era stata fissata una condizione che doveva essere adempiuta dal servo. Ordinando a questo un comportamento diverso, l'erede sovrappone dolosamente la propria volontà al necessario rispetto di quanto stabilito con la *condicio*. La constatazione di questo dolo fa scattare la *fictio*.

¹⁵⁹ Paul. 16 *ad Plautium*, D. 40.7.20.3. I sospetti formali di GROSSO 1930, p. 7 ss. non bastano a riscrivere la sostanza del testo. Cfr. LIEBS 1964, p. 68 ss., che mette in discussione la genuinità del *favor libertatis*, difesa invece da SCHINDLER 1966, p. 275 ss. (egli espunge però la menzione del *constitutum ius*). Vd. MASI 1966, p. 231 ss., che sottolinea il rilievo della estensione giuliana della *fictio*, ma la considera frutto di un rimaneggiamento, adducendo a motivo di questa diagnosi la singolarità del parere riferito al giurista adrianeo. Questa singolarità, che mi sembra il punto sostanziale da mettere in luce, è perfettamente recuperabile entro il suo orizzonte teorico: in linea con un uso duttile e creativo della *fictio*. Una lettura accurata (che si lascia alle spalle le ipotesi demolitorie) è in STARACE 2006, p. 215 ss., in particolare 230 s., sul *constitutum ius* come "ordinamento nel cui tessuto appare profondamente penetrato il *favor libertatis*".

¹⁶⁰ Sulla nozione di *ius constitutum*, vedi BRUTTI 2020, p. 33 ss.; 149 ss.

¹⁶¹ Vedi sopra, nt. 72 e nt. 75.

Passiamo ora ad un frammento che i compilatori traggono dai *digesta* di Giuliano. Esso mostra con chiarezza un impiego simile della finzione, anche oltre il campo delle manumissioni. Sempre in relazione a casi nei quali la *condicio* consiste in un comportamento (futuro ed incerto) da parte di colui che è interessato all'atto e che si avvantaggerà per il prodursi degli effetti. Abbiamo visto – nel passo di Paolo che cita Giuliano e che ho appena esaminato – un parere del giurista adrianeo non favorevole a questa estensione. Ora osserviamo che egli la registra come una linea maggioritaria.

Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem <non> impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

È stato recepito dallo *ius civile* che quando il mancato adempimento di una condizione dipenda da chi è interessato alla sua non realizzazione, allora si consideri come se la condizione di fosse attuata. La maggioranza dei giuristi ha esteso questa disciplina <delle manumissioni> anche ai legati ed alle istituzioni di eredi. In base a questi esempi alcuni hanno creduto correttamente che producessero il proprio effetto anche le stipulazioni, quando fosse dipeso dal promittente che lo stipulante non ottemperasse alla condizione¹⁶².

Il sintagma *ius civile* indica, nel II secolo, il diritto formato dalla giurisprudenza (come si vede in modo molto chiaro nell'*Enchiridion* di Pomponio). È il diritto dei responsi e della casistica¹⁶³.

In questo più largo ricorso alla *fictio* accolto dalla maggioranza dei giuristi, emergono obiettivi di politica del diritto diversi dal *favor libertatis* (punto di partenza del discorso giuliano, come mostra D. 40.7.20.3). Si mira ad assecondare la volontà del testatore, cancellando il mancato adempimento della *condicio* che il legatario (o l'erede) avrebbe dovuto attuare. Colui che trae vantaggio dalla disposizione testamentaria (il legatario o l'erede designato) non ha potuto attuare la *condicio* per cause indipendenti dal suo volere. Perciò si immagina l'avvenuto adempimento. In seguito, secondo l'esposizione di Giuliano, è intervenuto un ulteriore allargamento, per opera di alcuni giuristi (che lo hanno desunto dagli esempi precedenti). L'approdo è quello di garantire nella *stipulatio* la volontà delle parti; quindi l'efficacia della promessa. La condizione, che avrebbe dovuto essere adempiuta da chi ha ricevuto la promessa (cioè dallo

¹⁶² Iulianus 55 *digestorum*., D. 35.1.24.

¹⁶³ Cfr. Pomp. *l. sing. enchir.*, D. 1.2.2.5. Il tempo lungo di questa nozione, che si identifica con la giurisprudenza, comincia – secondo Pomponio – subito dopo le Dodici Tavole e si svolge in relazione alla *disputatio fori*.

stipulante), non si è realizzata, poiché il promittente lo ha impedito; ed allora il giurista finge che la condizione si sia attuata¹⁶⁴.

Ulpiano riprende alla lettera l'enunciato giuliano.

In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset...

Nello *ius civile* è stato recepito che quando il mancato adempimento di una condizione dipenda da chi è interessato alla sua non realizzazione, allora si consideri come se la condizione si fosse attuata...¹⁶⁵.

Fin qui il testo è pressoché identico. Ma immediatamente dopo cade il riferimento alla maggioranza dei giuristi precedenti, proposto da Giuliano. L'estensione oltre il campo delle manumissioni è data ormai per pacifica:

...quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret.

...ciò si estende ai legati e alle istituzioni di erede. In base a questi esempi producono il proprio effetto anche le stipulazioni, quando sia dipeso dal promittente che lo stipulante non abbia ottemperato alla condizione¹⁶⁶.

La conclusione ha un particolare rilievo: introduce infatti un controllo sulla fase di esecuzione delle obbligazioni verbali. Fa discendere dalla condotta del promittente, successiva alla pronunzia dei *verba* e tale da impedire il verificarsi della condizione, un trattamento del rapporto che assicuri l'efficacia dell'atto obbligatorio.

Ancora in materia di conservazione del contratto verbale, incontriamo un uso creativo della *fictio* da parte di Paolo, che rimodella drasticamente una stipulazione, per salvarne gli effetti, assecondando il volere che in essa si è manifestato. Il giurista severiano affronta il caso di una promessa, con la quale un liberto si è impegnato a pagare venti *nummi* al proprio patrono a condizione che, per il tempo di dieci giorni, egli stesso non abbia prestato opere a favore del

¹⁶⁴ Vedi MASI 1966, p. 221 ss., che collega il tratto relativo alle *stipulationes* con la materia delle stipulazioni pretorie. Anche se questo può essere stato un punto di riferimento nel discorso del giurista, la formulazione (nata entro il testo di Giuliano) rivela una portata generale, che Ulpiano fa propria. Cfr. STARACE 2006, p. 189 ss. (sulla sicura estensione del principio). Bisogna tener presente che i sospetti testuali, la tendenza a restringere il significato delle finzioni corrispondono ad una prospettiva di lettura volta a negare o a comprimere la creatività del lavoro giurisprudenziale e le forme plurali in cui si esprime.

¹⁶⁵ Ulp. 77 *ad ed.* , D. 50.17.161.

¹⁶⁶ *Ibidem* . Sul confronto tra i due passi, BIANCHI 1997, p. 456 ss.

patrono. Il pagamento di danaro è in contrasto con la *lex Aelia Sentia*. Quali conseguenze discendono da questa *stipulatio*?

Si ita stipulatio a patrono facta sit: 'si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes'? videndum est, an nec viginti actio danda sit, quasi onerandae libertatis gratia promissi sint, nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas.

Se il patrono abbia formulato questa stipulazione: 'prometti di dare venti denari se non avrai eseguito opere per dieci giorni?', occorre considerare se sia da negare l'azione per i venti denari, come se questi siano stati promessi con lo scopo di far gravare un onere sulla libertà del promittente, se sia da negare l'azione per le opere che non siano state promesse o se invece si debba fingere che soltanto le opere siano state promesse, al fine di non escludere del tutto il patrono dalla prestazione. Ed il pretore ritiene proprio questo, che soltanto le opere siano state promesse¹⁶⁷.

L'azione volta ad ottenere la somma di venti viene negata. Anche per le *operae* – non promesse – non vi è azione. Tuttavia, su questo punto specificamente interviene l'invenzione giuridica. Si finge che l'oggetto della promessa sia stato la prestazione delle opere per dieci giorni, considerata come l'equivalente della somma pecuniaria. È evidente che questa rappresentazione si distacca dalla realtà; eppure ha un senso: salvaguarda l'efficacia dell'atto, senza ammettere il danaro come oggetto dell'obbligo; ed assicura al *patronus* una prestazione, che si considera corrispondente al volere espresso nella *stipulatio*.

Paolo fa leva sulla discrezionalità pretoria: indica un orientamento della prassi giurisdizionale, che non può non derivare dalla scienza: forse è già sperimentato, forse è suggerito da lui stesso. Comunque, si tratta di una interpretazione che modifica radicalmente i termini del contratto, attuata mediante un uso piuttosto libero della tecnica formulare. L'*actio ex stipulatu*, così concessa, non ha un fondamento nei *verba*; è il frutto di una discontinuità¹⁶⁸.

Infine, tornando alle *manumissiones* condizionate, dobbiamo ricordare un ultimo testo, sempre di Ulpiano, nel quale si compiono due operazioni. La prima è una finzione che conosciamo,

¹⁶⁷ Paul. 7 *ad Plautium*, D. 38.1.39 pr. Vedi BRETONE 2001, p. 298 s., che richiama, con Kaser, il divieto in base alla *lex Aelia Sentia* di "farsi promettere dal liberto danaro in luogo delle opere". Vedi Terentius Clemens 8 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 40.9.32.2, ove è citato Ottaviano, e Paul. 2 *ad leg. Aeliam Sentiam*, D. 37.14.6.1. Nel caso di un'obbligazione alternativa, *operae* o danaro, vale soltanto la promessa delle opere. Nel nostro caso, la *denegatio actionis* per i venti *nummi* sembra una diretta conseguenza del divieto.

¹⁶⁸ La connessione con il passato è nel fatto che Paolo, come spesso gli accade, svolge il suo ragionamento nella rigorosa osservanza del processo formulare. Ma l'obiettivo è sostituire l'*interpretatio* ai *verba* pronunziati dalle parti.

volta a neutralizzare la specifica condotta di chi è interessato al non realizzarsi della condizione e ne impedisce l'adempimento. Nella seconda, si propone ancora una *fictio*; ma questa volta con un più esteso ambito di impiego.

Sub hac condicione liber esse iussus, SI DECEM MILIA HEREDI DEDERIT, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex duodecim tabularum iubet. Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicione pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset. Extraneo pecuniam dare iussus et liber esse, si paratus sit dare, et is, cui iussus est dare, aut nolit accipere aut antequam acceperit moriatur, proinde fit liber, ac si pecuniam dedisset.

Colui per il quale si dispone la libertà in un testamento a questa condizione, 'se il servo abbia dato diecimila all'erede', anche se sarà alienato dall'erede, giungerà ad essere libero versando il danaro al compratore; e ciò è stabilito dalle Dodici Tavole. Se poi sia dipeso da un comportamento dell'erede che lo statulibero non abbia ottemperato alla condizione, allora diventerà libero come se la condizione si fosse realizzata. Se il servo, per il quale sia stato disposto che pagasse il danaro ad un estraneo e fosse libero, sia pronto a pagare, mentre il beneficiario si rifiuti di ricevere o muoia prima di ricevere, allora egli ottiene la libertà come se avesse versato il danaro¹⁶⁹.

Anzitutto, si finge che la *condicio*, inclusa nella *manumissio testamento*, sia stata adempiuta, poiché non si è realizzata per ragioni indipendenti dal volere del servo. Qualcuno ne ha impedito l'attuazione, spinto dal proprio interesse. Può essere l'erede, a cui lo schiavo avrebbe dovuto pagare. Oppure può essere un estraneo, che ha rifiutato di accettare il pagamento. Fin qui il percorso è noto, ma il giurista aggiunge un'ipotesi nuova. Ciò che impedisce l'attuarsi della condizione può essere la morte del beneficiario estraneo: evento indipendente da ogni volontà. Anche in questo caso, il problema si risolve "come se" il versamento da parte del servo sia stato effettuato¹⁷⁰. Una regola nuova entro la disciplina giurisprudenziale, che ne conferma la fluidità, anche nel contesto severiano.

Riassumendo il senso dei testi in tema di adempimento della condizione (con i graduali mutamenti che ho messo in luce) si può dire che il filo comune è in tutti rappresentato dalla forza innovativa delle finzioni. Anzitutto, quelle guidate dal *favor libertatis*, che hanno un ampio spazio; in secondo luogo, le finzioni che corrispondono a particolari esigenze di tutela del meccanismo successorio o di tutela delle obbligazioni verbali.

¹⁶⁹ Tit. Ulp. 2.4-6.

¹⁷⁰ Vedi STARACE 2006, p. 202 ss., sul quadro teorico che risulta dal testo.

La spinta politica a favorire l'affrancamento (quando si interpretano le clausole testamentarie) nasce nel quadro dei rapporti sociali strutturati intorno al modo di produzione schiavistico. La *manumissio* è concepita, fin dall'età di Cicerone, come un premio elargito dai padroni. Proprio Cicerone racconta che possono bastare, in gran parte dei rapporti tra *servi* e *domini*, anche soltanto sei anni per giungere alla libertà. Il premio vale per gli obbedienti e i disciplinati (*servi frugi et diligentes*)¹⁷¹.

La manumissione degli schiavi mediante testamento comporta un premio più incisivo: è un mezzo per farli divenire *liberti*, ma senza obbligo di prestazione delle *operae*, dal momento che il *manumissor* (a cui queste sarebbero dovute) non è più in vita quando si compie l'affrancamento.

L'adozione di un trattamento benevolo e l'ideologia paternalistica che vi è connessa (esplicitata da Seneca negli anni Sessanta del I sec. d.C.)¹⁷² sono funzionali alla produttività degli schiavi e servono alla coesione delle comunità familiari entro cui essi lavorano. Il senso di questo approccio filantropico si coglie in un rescritto di Antonino Pio, citato da Ulpiano, in materia di gestione degli schiavi, che ci aiuta a comprendere il significato politico del *favor libertatis*. È nell'interesse dei padroni – scrive l'imperatore – che non sia negato aiuto agli schiavi; perciò sono vietate le forme di trattamento più dure¹⁷³. Insomma, attutire la reificazione è utile. Alla stessa logica obbediscono le scelte giurisprudenziali che introducono premi e condizioni di favore per i servi. Il trattamento benevolo, il paternalismo servono a favorire la loro produttività.

Abbiamo visto inoltre che il finto avveramento della condizione va oltre il *favor libertatis*: interviene nel caso del legato, della istituzione di erede, della *stipulatio*, quando l'adempimento sia stato per varie ragioni impedito o impossibile. In queste situazioni i giuristi perseguono obiettivi di tutela della volontà. Si tratta di garantire l'esecuzione delle disposizioni testamentarie; oppure – fuori dal campo ereditario – di neutralizzare ogni impedimento conseguente alla condotta di chi tragga vantaggio dall'inefficacia dell'atto condizionato.

Questo particolare uso della finzione, sul terreno delle *obligationes*, verrà isolato e ripreso dalla tradizione civilistica europea. Nel 1761, Pothier lo riassumerà in termini generali: "C'est une règle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies lorsque le débiteur qui s'est obligé sous cette condition en a empêché l'accomplissement"¹⁷⁴. È una formulazione riprodotta quasi alla lettera nell'art. 1178 del *Code civil* e nell'art. 1169 del Codice civile italiano del 1865: le norme cristallizzano l'antico procedimento teorico, ormai sganciato da ogni legame con le creazioni giurisprudenziali romane. Ancora, i codificatori italiani del 1942 usano la medesima finzione (nell'art. 1359), ricollegandola al dovere di buona fede dell'obbligato *sub condicione*, tenuto a conservare integre le ragioni della controparte, finché la condizione è pendente (art. 1358).

¹⁷¹ Vedi Cic. *Phil.* 8.32. Del resto la *spes libertatis* è, ai suoi occhi, ciò che induce a sopportare la condizione servile. Cfr. BRUTTI 2012, p. 176 s.

¹⁷² Vedi VITELLI 2016, p. 1 ss.

¹⁷³ Vedi Ulp. 8 *de off. procons.*, D. 1.6.2.

¹⁷⁴ POTHIER 1761, II ediz. 1764, ediz. 2011, § 212, p. 91 s.

12. Notazioni conclusive

Sententia est oratio sumpta de vita, quae <a>ut quid sit aut quid esset oporteat in vita breviter ostendit. Questa definizione, nella *Rhetorica ad Herennium*, indica due possibili modalità attraverso le quali può esprimersi un enunciato; e quindi due scopi: mostrare qualcosa che appartiene alla sfera dell'essere, aderendo ai fatti, oppure indicare un dover essere, da imporre alla vita¹⁷⁵. Ebbene, proprio il secondo movimento – che consiste nell'enunciare *quid esse oporteat* e che è proprio del pensiero giuridico – comprende in sé la possibilità di una consapevole alterazione dei fatti.

Le finzioni intervengono nel momento della determinazione casistica. Sia questa fissata da una norma o dal ragionamento di un giurista. Se riepiloghiamo tutto ciò che è emerso nelle pagine precedenti, ci appare con evidenza il riprodursi del medesimo procedimento in diversi settori della pratica.

La situazione del *captivus* che muore durante la prigionia è disegnata dalla *lex Cornelia* in modo da anticipare la morte. Questo diventa il caso: la *lex* lo ha fissato e lo regola alterando i fatti; così garantisce la normalità della successione. Seguendo la stessa procedura logica, un senatoconsulto dispone l'applicazione dell'usufrutto a cose che anteriormente erano incompatibili con la sua stessa struttura. Siamo nella prima fase della dinastia giulio-claudia; nasce così una disciplina che si distacca dalla tradizione.

D'altro canto, le *fictiones* vengono usate dall'editto del pretore per introdurre nuove forme di successione, oppure – nell'ambito dei diritti reali – per proteggere ed assecondare la circolazione dei beni. Tutto ciò passa attraverso il filtro della scienza giuridica (sempre legato alle controversie, distante quindi dalla logica moderna dei diritti legislativi o dei codici).

Ancora due considerazioni. Anzitutto, non è soltanto nel dualismo tra *ius civile* e *ius praetorium* che trae origine la rappresentazione dei casi difforme dal vero, funzionale ad obiettivi di innovazione¹⁷⁶. Pensiamo alla *lex Cornelia* o ai *senatus consulta* che modificano lo *ius* derivante dai *mores*; pensiamo ai casi in cui la manipolazione dei fatti è operata direttamente dalla scienza giuridica. In secondo luogo, la discontinuità che ogni volta osserviamo rende inconsistente l'idea che le finzioni siano costruite per tenere ferma la tradizione dello *ius civile*, con innovazioni limitate derivanti da un diverso ordine normativo¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Auctor *ad Her.* 4.17.

¹⁷⁶ Il dualismo ordinamentale è alla base delle finzioni e spiega la loro posizione “di eccezionale rilievo” nel diritto romano, secondo PUGLIATTI 1968, p. 663 s.

¹⁷⁷ Non credo vi sia alcuna base testuale, sia pure indiretta, su cui possa fondarsi la suggestiva tesi di BRETONE 2001, p. 299: “una conseguenza non insolita della *fictionis* era di rendere l'innovazione giuridica meno sorprendente e quindi più tollerabile per l'élite aristocratico-tradizionalistica, durante la Repubblica e nell'Impero”. In realtà, la versione quietistica della *fictionis*, non rispondente alle fonti, è puntualmente teorizzata nelle dottrine ottocentesche, tra storicismo conservatore e costruzione

L'azione correttiva dello *ius praetorium* ha un impatto che sfugge alle raffigurazioni d'impronta conservatrice. Essa comporta la disapplicazione o la modificazione dello *ius civile* attraverso l'esercizio della *iurisdictio*. Sia nell'attività decretale (come è evocata dal parere di Paolo in D. 38.1.39 pr.) sia nell'autoregolamentazione della discrezionalità pretoria che, mediante l'editto, consolida le innovazioni.

Le immagini create con elementi fittizi dai giuristi servono a regolare i rapporti sociali. Alcuni esempi su cui mi sono fermato dimostrano chiaramente la forza creativa dell'*interpretatio iuris*. Un caso frequente riguarda colui che sia interessato al non verificarsi di una *condicio* e ne impedisca l'attuazione. Da Sabino ad Ulpiano, uniti in una sorta di dialogo tra generazioni, i giuristi lavorano per neutralizzare gli effetti di questa modificazione unilaterale del rapporto su cui insiste la *condicio*. Inseriscono perciò il suo adempimento – in realtà mai avvenuto – tra le circostanze comprese nell'immagine del caso. Con una pluralità di opinioni. Dapprima, nelle *manumissiones* testamentarie, pensare l'avveramento corrisponde all'obiettivo di favorire la libertà; poi la tecnica si volge verso la disciplina di altri atti, fino ad investire il diritto delle obbligazioni. L'esempio della *stipulatio* condizionata mostra – come si è messo in luce – un collegamento tra finzione e salvezza del contratto.

Va sottolineato che le direttive dei giuristi hanno una portata politica, in quanto riflettono giudizi di valore, in base ai quali essi orientano la risoluzione delle controversie. Come abbiamo segnalato per le applicazioni della *fictio* alla condizione giuridica dei *commorientes*, laddove le decisioni nascono dalla considerazione degli effetti preferibili.

del diritto come sistema. In particolare il diritto pretorio (entro cui si individuano molteplici finzioni) appare come un complesso di norme integrative, che si aggiungono senza fratture allo *ius civile*, concepito come una sorta di ordinamento concluso, fondato sulla tradizione. La visione di Savigny è nettamente orientata in questo senso. Egli riconduce le finzioni allo schema dell'analogia, concepita come "estensione organica del diritto (*organische Erweiterung des Rechts*)". Le forme con le quali questa si compie sono appunto le *fictiones* e le *utiles actiones*: "così viene assicurata al tempo stesso l'intrinseca connessione del diritto nuovo con l'antico e viene conservata l'unità sistematica di tutto il diritto". È proprio l'ingombrante nozione di "sistema" a fargli concepire la *fictio* come una specificazione dell'analogia (una soluzione di problemi nuovi alla luce di ciò che è già regolato). Vedi SAVIGNY 1840, p. 294 s., trad. it., 1886, p. 300 s. Anche secondo JHERING 1865, ediz. 1888, p. 308 s. il tratto saliente delle *fictiones* romane, guardate storicamente, consiste nel lasciare intatta la tradizione; la procedura richiama quella dell'analogia. L'approccio complessivo di BRETONE 2001, p. 295 ss. risente molto di queste prospettive. Fuori dall'ottica sistematica, si veda invece GAMBARO 2002, p. 135 ss. e p. 139 ("la finzione è uno strumento solamente utilitaristico ed operativo, che però comporta un divorzio dalla ragione teoretica"). Ma prima dello storicismo conservatore, che prevale nell'Ottocento, e prima che si chiuda il cerchio delle sistemazioni d'impronta pandettistica, possiamo trovare un riconoscimento della discontinuità delle finzioni (o più precisamente di quelle, emblematiche, legate al diritto pretorio) in Johannes Gottlieb HEINECCIUS 1719, ediz. 1746, §§ 24-36, p. 117 ss.: *Quamvis vero praetores initio magistratus in leges iurarent: revera tamen leges edictis suis evertebant sub specie aequitatis... Utebantur hanc in rem variis artibus, veluti I. FICTIONIBUS, quando, verbi gratia, fingebant rem usumcapatam, quae usucapta haud esset, vel contra. § 4 & 5 Inst. de actionib. Immo, quod magis ridiculum videri posset, quando fingebant, filiam patroni esse filium, cuius mentio fit in Basilic. Lib. 49. Tit. 1 p. 594. Tomo 6. ... Utebantur II. novis NOMINIBUS, veluti quam bonorum possessionem darent iis, quibus leges hereditatem negabant. Utebantur III. Exceptionibus, quibus actiones legibus datae eliderentur. Utebantur 4. RESTITUTIONIBUS in integrum, quibus non modo leges, sed & res iudicatas resciderunt praetores. Ut adeo vere summa penes Praetores esset non quidem leges ferendi, sed evertendi potestas, quamvis edicta adiuvandi, supplendi corrigendique gratia proponi, prae se ferrent...*

Allo stesso modo, le norme autoritative fingono, in funzione di obiettivi politici.

L'invenzione si impone sulla realtà, per giungere a scelte capaci di determinare trattamenti giuridici nuovi; e si ripete più volte.

Svariate finzioni, tra le più incisive, trovano spazio nella sintesi didattica del manuale di Gaio. Sono quindi parte di un apparato teorico stabile. Come a proposito di *quasi usus fructus*, di *bonorum possessio*, di *in bonis habere*, di *actiones ficticiae*. Inoltre, con un'impostazione coerente, Gaio propone lo stesso modello in alcune ipotesi di legati invalidi, attraverso un'ampia applicazione del *senatus consultum Neronianum*, ma anche utilizzando interpretazioni innovative della giurisprudenza e ricorrendo al congegno retorico che fa prevalere la tutela della volontà sullo *scriptum*. In un caso particolare, abbiamo visto che anche l'imperatore Adriano, citato dallo stesso Gaio, segue questa prospettiva, assumendo il punto di vista dei proculiani di fronte ad un *legatum per praeceptionem* invalido, che viene convertito in un legato *per vindicationem*. Lo schema entra nelle *constitutiones principum*.

Un'ultima osservazione riguarda la *iurisprudencia* e le scelte che si dipanano al suo interno. Abbiamo visto che il responso di Trebazio sul fittizio adempimento della *condicio* fissa un procedimento largamente ripreso dalla giurisprudenza successiva. Negli ultimi decenni della repubblica il ricorso alla *fictio* è quindi già chiaro. Esso viene adottato da Labeone, con sviluppi del tutto originali. Come emerge dalla proposta di trasformare la *bonorum possessio* in *pro herede gestio*, accavallando due generi di *fictio*. La combinazione labeoniana supera la dicotomia *ius civile-ius praetorium* e costituisce una forte cesura rispetto alle regole usualmente applicate.

Nell'ambito delle trattazioni retoriche, è Quintiliano ad abbozzare una descrizione aderente a questa tecnica. Pur tenendo conto della differenza dei contesti e dei fini, l'itinerario inventivo da lui definito è lo stesso che si assume nei discorsi giuridici.

Alcune nuove applicazioni dello schema finora illustrato crescono durante il II secolo d.C. Ricordo, accanto ai casi trattati da Gaio, le manipolazioni dei fatti finalizzate al *favor libertatis* in Giavoleno e in Giuliano. Dal loro consolidarsi nasce uno *ius constitutum*.

Infine, l'uso di meccanismi immaginativi che si discostano dalla realtà continua in età severiana, con qualche ulteriore determinazione. La spinta ad estenderne l'impiego (come nei testi di Paolo ed Ulpiano esaminati da ultimi) viene da lontano. I giureconsulti la assecondano, plasmando in funzione normativa le rappresentazioni del mondo empirico.

Bibliografia

ALBANESE 1979 = B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.

ALCIATI 1548 = A. ALCIATI, *Reliqua Opera*, Lugduni 1548.

ALESSE 2018 = F. ALESSE, *La rappresentazione catalettica nella Stoa post-crisippea*, in F. VERDE, M.

CATAPANO (a cura di), *Hellenistic Theories of Knowledge, Lexicon Philosophicum*, Special Issue, Roma 2018, p. 145 ss.

- APPLETON 1889 = C. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 2 voll., Paris 1889.
- BALESTRI 1985 = M. BALESTRI, *Lex Iunia de manumissionibus*, Milano 1985.
- BIANCHI 1997 = E. BIANCHI, 'Fictio iuris'. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997.
- BRETONE 1982 = M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982.
- BRETONE 1998 = M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998.
- BRETONE 2001 = M. BRETONE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31, 2001, p. 295 ss.
- BRUTTI 1973 = M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano 1973.
- BRUTTI 2003 = M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo 'ius controversum' all'autorità del principe)*, in F. MILAZZO (a cura di), 'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. *Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Napoli 2003, p. 403 ss.
- BRUTTI 2012 = M. BRUTTI, *Da schiavi a cittadini*, in A. GIARDINA, F. PESANDO (a cura di), 'Roma caput mundi'. *Una città tra dominio e integrazione*, Milano 2012, p. 147 ss.
- BRUTTI 2012a = M. BRUTTI, *Il dialogo tra giuristi ed imperatori*, in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Roma 2012, p. 97 ss.
- BRUTTI 2017 = M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017.
- BRUTTI 2020 = M. BRUTTI, *Iulius Paulus. Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum libri sex*, Roma 2020.
- BÜLOW 1879 = O. VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 62 (1879), p. 1 ss.
- BUND 1965 = E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Graz 1965.
- CALORE 2011 = E. CALORE, *Actio quod metus causa'. Tutela della vittima e azione 'in rem scripta'*, Milano 2011.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 2016 = L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016.
- COPPOLA 1999 = G. COPPOLA, *Studi sulla 'pro herede gestio'. II. La valutazione dell'animus nel 'gerere pro herede'*, Milano 1999.
- CPF II.1, 2019 = AA.VV., *Corpus dei papiri filosofici greci e latini. Parte II.1. Frammenti adespoti*, Firenze 2019.
- DI LELLA 1984 = L. DI LELLA, 'Formulae ficticiae'. *Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984.
- DONATUTI 1930 = G. DONATUTI, *Le 'praesumptiones iuris'*, Perugia 1930.
- FALZEA 2002 = A. FALZEA, *Riflessioni sulla 'fictio iuris'*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano 2002, p. 117 ss.
- FORIES 1974 = P. FORIES, *Présomptions et fictions*, in CH. PERELMAN, P. FORIES (a cura di), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles 1974, p. 7 ss.

- FREZZA 1962 = P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova 1962.
- FRUNZIO 2021 = M. FRUNZIO, *Nerazio interlocutore privilegiato di Paolo*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, M. FRUNZIO, A. SCHIAVON, *Iulius Paulus. Ad Neratium libri IV*, Roma 2021, p. 33 ss.
- GAGLIARDI 2011 = L. GAGLIARDI, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari dalle azioni 'in personam' alle azioni 'in rem'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, II, Padova 2011, p. 5 ss.
- GALLO 1957 = F. GALLO, *Actio Publiciana in rem*, in *Novissimo Digesto Italiano* 1.1, 1957, p. 269 s.
- GALLO 1964 = F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 30, 1964, p. 1 ss.
- GAMBARO 2002 = A. GAMBARO, *Costi e benefici delle finzioni giuridiche*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano 2002, p. 135 ss.
- GARNSEY, SALLER 1987, trad. it. 2003 = P. GARNSEY, R. SALLER, *The Roman Empire. Economy, Society and Culture*, London 1987, trad. it., *Storia sociale dell'Impero romano*, Roma-Bari 2003.
- GROSSO 1930 = G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, Torino 1930.
- HEINECCII 1719, ediz. 1764 = J.G. HEINECCII *Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam Illustrantium Syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani digestum* (1719), IX ediz., Napoli 1764 (in due tomi), lib. I, tit. II, §§ 24-36, p. 117 ss.
- HUBERLANT 1974 = C. HUBERLANT, *La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique*, in Ch. PERELMAN, P. FORIES (a cura di), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles 1976., p.186 ss.
- JHERING 1865, ediz. 1888 = R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf der verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1865, ediz. Leipzig 1888.
- KANT 1787 (trad. it. 1977) = I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga 1787, trad. it., *Critica della ragion pura*, Roma-Bari 1977.
- KOHLAAS 1986 = C. KOHLAAS, *Die Überlieferung der 'libri posteriores' des Antistius Labeo*, Freiburg 1986.
- LAMBERTI 2001 = F. LAMBERTI. *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana. I. Profili del regime classico*, Milano 2001.
- LAMBERTINI 1984 = R. LAMBERTINI, *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Milano 1984.
- LENEL 1889 (rist. 1960) = O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960).
- LIEBS 1964 = D. LIEBS, *Hermogenians 'iuris epitomae'. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964.
- LOVATO 2021 = A. LOVATO, *L'ordine sistematico nella tradizione civilistica europea. Osservazioni minime*, in *'Specula Iuris'. An International Journal on Legal History and Comparative Jurisprudence*, I, 2, 2021, p. 119 ss.
- MANTHE 1982 = *Die 'libri ex Cassio' des Iavolenus Priscus*, Berlin 1982.
- MARRONE 2006 = M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 2006.

- MASI 1966 = A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966.
- MENOCHII 1587 = IAC. MENOCHII, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Venetiis 1587.
- MICCÙ 2015 = R. MICCÙ, *Teoria delle finzioni giuridiche e koiné ermeneutica: diritto e realtà nella metodologia di Josef Esser*, in *Revista do Istituto de Hermeneutica Juridica*, 13, n. 17, 2015, p. 197 ss.
- MIGNUCCI 1965 = M. MIGNUCCI, *Il significato della logica stoica*, Bologna 1965.
- NAPPI 2005 = S. NAPPI, *Ius finitum*, Bari 2005.
- ORESTANO 1959, rist. 1998 = R. ORESTANO, 'Obligationes' e dialettica, in *Jus*, 10, 1959, rist. in *Id., Scritti*, III, 1998, p. 1341 ss.
- PALMA 1992 = A. PALMA, 'Humanior interpretatio'. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, Torino 1992.
- POHLENZ 1959, trad. it., 1967, rist. 1978 = M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, trad. it., *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, Firenze 1967, rist. 1978, 2 voll.
- POTHIER 1761, II edit. 1764, ora 2011 = R.-J. POTHIER, *Traité ses obligations*, 1761, II edit. augmentée 1764, ora Paris 2011 (Préf. J.-L. Halperin).
- POTHIER 1777, ed. 1821 = R.-J. POTHIER, *Traité des successions*, 1777, ed. Paris 1821.
- PUGLIATTI 1968 = S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano 1968, p. 658 ss.
- SALAZAR REVUELTA 1999 = 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, p. 117 ss.
- SALLER 1994, repr. 1997 = P. SALLER, *Patriarchy, property and death in the Roman Family*, Cambridge 1994, reprinted 1997.
- SANTORO PASSARELLI 1960 = F. SANTORO PASSARELLI, *Commorienza*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, p. 978 ss.
- SAVIGNY 1840, trad. it. 1886 = F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, trad. it. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino 1886.
- SCHIAVONE 2017 = A. SCHIAVONE, 'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente, Torino 2017.
- SCHINDLER 1966 = K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch eine Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966.
- SCHULZ 1961, trad. it. 1968 = F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, trad. it. *Storia della Giurisprudenza romana*, Firenze 1968.
- STARACE 2006 = P. STARACE, *Lo 'statuliber' e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul 'favor libertatis' fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari 2006.
- SZIMANSKI 1990 = M. SZIMANSKI, *P. Berol. inv. 16545: A text on Stoic Epistemology with a Fragment of Antipater of Tarsus*, in *The Journal of Juristic Papirology*, 20, 1990, p. 139 ss.
- THOMAS 1995, trad. it. 2016 = Y. THOMAS, 'Fictio legis'. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales, in *Droit. Revue française de théorie juridique*, n. 21, 1005, 17 ss., trad. it., M. SPANÒ (a cura di), 'Fictio legis'. *La finzione romana e i suoi limiti medievali*, Macerata 2016.
- THOMAS 2011 = Y. THOMAS, *Les opérations du droit*, édit. établie par M.-A. Angèle Hermitte et P. Napoli, Paris 2011.

- TODESCAN 1979 = F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della 'fictio iuris'*, Padova 1979.
- TURELLI 2019 = G. TURELLI, *Alfenus 6 dig. D.5.1.76, L. 23. Per una lettura che ricomponga diritto e retorica*, in *SDHI*, 84, 2018 [ma pubbl. 2019], p. 61 ss.
- TURELLI 2020 = G. TURELLI, *'Transfere iudicium'. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, Torino 2020.
- VAIHINGER 1911, nuova ediz. 1922, trad. it. 1967 = H. VAIHINGER, *Die Philosophie des als ob*, 1911, ed. Hamburg 1922, trad. it. di F. VOLTAGGIO, *La filosofia del "come se"*, Roma 1967.
- VIARENGO 1980 = G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica* 10, 1970, p. 3 ss.
- VIARENGO 2018 = G. VIARENGO, *Gli sviluppi della 'bonorum possessio' del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Rivista di Diritto Romano*, 18, 2018, p. 79 ss.
- VITELLI 2016 = M. VITELLI, *Seneca sulla schiavitù: tra slancio umanitario e difesa dell'esistente*, in *Mosaico* 3, 2016, p. 1 ss.
- VOCI 1963 = P. VOCI, *Diritto ereditario romano. II. Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano 1963.
- VOCI 1967 = P. VOCI, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale*, Milano 1967.
- WATSON 1968 = A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1978.
- WINKEL 1985 = L.C. WINKEL, *'Error iuris nocet': Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung. I. Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischem Recht bis Justinian*, Zutphen 1985.
- WOLFF 1941 = H.J. WOLFF, *The 'lex Cornelia de captivis' and the roman law of succession*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 17 (1941), p. 136 ss.
- WUBBE 1985 = F.B.J. WUBBE, *Javolenus contra Labeonem*, in J.A. (= Hans) ANKUM, J.E. SPRUIT, F.B.J. WUBBE (a cura di), *Satura R. Feenstra*, Freiburg 1985, p. 95 ss.

