

ROBERTA CASTRONUOVO

**IL FENOMENO DELLA 'FINZIONE'
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA**

Indice

Capitolo I

LA *FICTIO* NELL' *AGERE* PROCESSUALE

- I.1 L'espedito processuale della *fictio* e le *actiones ficticiae*.
La tutela accordata dal *praetor* al *bonorum possessor* e
la *fictio* '*si... heres esset*' in Gai. 4. 34. 4
- I.2 Segue. Indagine sull'epoca di introduzione della *fictio* '*si... heres esset*'
in connessione all'evoluzione della *bonorum possessio*. 11
- I.3 Segue. Il *bonorum possessor* poteva avvalersi di una
hereditatis petitio possessoria sin dal periodo classico? 20
- I.4 L'*actio ficticia* concessa al *bonorum emptor* in Gai. 4. 35. 25
- I.5 La *fictio* '*si... anno possedisset*' dell'*actio Publiciana* in Gai. 4. 36. 31
- I.6 La *fictio* '*si civis Romanus esset*' in Gai. 4.37. 35
- I.7 Segue. Analisi delle testimonianze offerte da Cic. *Verr.* 2. 2. 12. 31 e
dalla *Tabula Contrebiensis*. Qualche riflessione sulle possibili applicazioni
della *fictio* in provincia. 42
- I.8 L'*actio* '*in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse*' in Gai. 4. 38. 47
- I.9 Le *actiones* '*quae ad legis actionem exprimuntur*':
la *fictio* '*si pignus captum esset*' in Gai. 4. 31a)-32. 54
- I.10 L'apporto creativo del pretore nel perseguimento dell'*aequitas*. 65
- I.11 Analisi del rapporto esistente tra le *actiones ficticiae* e le *actiones utiles*. 70

Capitolo II

INDAGINE SULL'ESTENSIONE APPLICATIVA DELLE *ACTIONES FICTICIAE* E SULLA POSSIBILE ESISTENZA DI ULTERIORI MECCANISMI DI *FICTIO* CORRELATI ALL' *AGERE* PROCESSUALE.

- II.1 Sull'applicazione della *fictio se herede* al fedecommissario
dopo il *sanatus consultum Trebellianum*. 78
- II.2 *Fictio* e *in integrum restitutio*. 85
- II.3 Segue. l'*actio Publiciana* con *fictio rescissa usucapione*. 88

II.4	Segue. L' <i>actio utilis rescissa capitis deminutione</i> in relazione alla <i>in integrum restitutio</i> .	93
II.5	La <i>fictio</i> nelle <i>actiones adiecticiae qualitatis</i> . Possibile esistenza di una <i>fictio libertatis</i> .	98
II.6	La c.d. <i>fictio suitatis</i> .	104
II.7	La <i>fictio color insaniae</i> e la <i>querela inofficiosi testamenti</i> .	111
II.8	La tutela del <i>vocatus</i> .	115

Capitolo III

LA FINZIONE E LA LEX

III.1	Obiettivo dell'indagine sulla <i>fictio legis</i> e precisazioni metodologiche	118
III.2	La <i>lex Cornelia</i> e il <i>postliminium</i> .	124
III.3	Segue. La <i>fictio legis Corneliae</i> e la <i>fictio postliminii</i> .	128
III.4	Le <i>fictiones</i> nelle statuizioni sulle manomissioni degli schiavi: la <i>lex Iunia</i> .	140
III.5	Segue. Le finzioni della <i>lex Aelia Sentia</i> .	148
III.6	Le finzioni della <i>lex Gallia Cisalpina</i> .	153
III.7	Le finzioni della <i>lex de imperio Vespasiani</i> .	165
III.8	È possibile scorgere una <i>fictio</i> all'interno della <i>lex municipalis Troesmensium</i> ?	168
III.9	Indagine sul mutato rapporto tra finzione e <i>lex</i> attraverso l'analisi della c.d. <i>petitio di Dionysia</i> in <i>p. oxy II. 237</i> .	174
III.10	La <i>fictio</i> e l'analogia. Nuove prospettive di indagine sull'origine della finzione nel diritto greco.	180

Bibliografia		187
---------------------	--	-----

Capitolo I

LA *FICTIO* NELL'*AGERE* PROCESSUALE

I.1 L'espedito processuale della *fictio* e le *actiones ficticiae*. La tutela accordata dal *praetor* al *bonorum possessor* e la *fictio* 'si... heres esset' in Gai. 4. 34.

Nell'esperienza giuridica romana il campo elitario di applicazione della finzione è il processo, perché è in tale contesto che la *fictio* si configura come quell'artificio - dotato di propria specifica individualità¹ - che veniva utilizzato dal pretore, nel contesto dell'*agere per formulas*, al fine di accordare tutela a pretese che, altrimenti, sarebbero rimaste prive di protezione. Attraverso la *fictio*, infatti, il *praetor* imponeva al giudice di considerare (o meglio di 'fingere') come esistente una circostanza che in verità non si era avverata ma la cui sussistenza costituiva presupposto indispensabile per ottenere tutela *iure civili*; oppure, viceversa, di considerare come non avvenuto un fatto che in realtà si era verificato e che avrebbe impedito di ricevere tutela nell'ambito del *ius civile*.

Solo pochi passi testimoniano in modo certo l'uso processuale della finzione da parte dei Romani, e sono contenuti nelle *Institutiones* di Gaio, all'interno del

¹ La distinzione tra le *fictiones* quali espedienti dotati di una propria specificità tecnico-giuridica e le finzioni funzionali a ricongiungere le conseguenze previste per una determinata fattispecie ad un'altra fattispecie, senza dar luogo ad alcuna modificazione della realtà, è stata affrontata da M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 1957-1958, XXVII-XXVIII, p. 305 ss., e si ricollega ad un'altra distinzione delle finzioni, tutt'ora condivisibile, che risalendo a R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Basilea 1954) p. 306 ss., viene successivamente ricordata da non pochi studiosi; tra questi U. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Pugliatti* (Milano 1978) IV, p. 627 ss.; E. BIANCHI, *Astrazioni e finzioni in tema di «personae». Il concetto. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 2006, XXXVI, p. 111 ss. e specialmente F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris* (Padova 1979) p. 11, che al riguardo così afferma: «alcuni autori, primo fra tutti lo Jhering, hanno preteso riconoscere alla *fictio* due distinte funzioni: una funzione storica e una funzione dogmatica. Vista nella sua funzione storica la *fictio* servirebbe soprattutto a introdurre, in un dato ordinamento, nuove norme giuridiche, immaginando fittiziamente esistenti (o inesistenti) determinate circostanze, che consentono di ricollegare il nuovo caso al quadro normativo anteriormente consolidato. Nella sua funzione dogmatica, invece, la finzione avrebbe il compito di permettere un più facile inquadramento di certe soluzioni all'interno di un dato sistema giuridico-positivo, staticamente considerato». Le parole di Jhering, tuttavia, appariranno più chiare dopo aver analizzato quale sia stata in concreto l'evoluzione della finzione in concomitanza con lo sviluppo e, più precisamente, con la maturazione del pensiero giuridico romano.

libro quarto, dedicato al *ius quod ad actiones pertinet*, ai §§ 34 – 38 che, da un lato, sono successivi alla descrizione delle *legis actiones* e, dall'altro, precedono la trattazione delle *formulae*. La scelta di collocarne qui la trattazione non appare casuale, ed offre un importante spunto nella comprensione delle origini storiche e, quindi, della stessa funzione che ebbero le *fictiones* processuali nell'esperienza giuridica romana.

In tali passi, però, il giurista non offre una definizione di ciò che era la finzione per il diritto romano, ma si limita ad affermare che '*habemus... fictiones in quibusdam formulis*' e conseguentemente a descriverne, caso per caso, l'utilizzo e l'applicazione pratica². La prima figura di *fictionis* è così presentata:

Gai. 4. 34: *Habemus... fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure*

² La scelta di non definire tale espediente potrebbe costituire - agli occhi di chi si avvicini allo studio della *fictionis* - una conferma del fatto che i romani seguissero un approccio casistico nell'affrontare i problemi giuridici che scaturivano dalla prassi e, quindi, potrebbe indurre a credere che non siano giunti a teorizzare la 'finzione'. Tuttavia, il fatto che nelle fonti si rintracci l'uso consapevole del sostantivo *fictionis* (e del verbo *fingo*), testimonia - già di per sé - come, in verità, avessero ben chiari i caratteri essenziali di tale artificio, la cui ricostruzione - nelle sue linee generali - è perciò lasciata all'interprete. Nello stesso senso si pongono le riflessioni di S. PUGLIATTI, «Finzione», in *ED*, 1968, XVII, p. 662, il quale così afferma: «i romani hanno foggato il *nomen*: e quindi hanno dimostrato in concreto la più matura e piena coscienza del valore dello strumento, delle risorse che se ne potevano trarre, dei limiti e modi del suo impiego». Sul significato delle parole *fingere* e *fictionis* presso i romani, cfr. K. HACKL, *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Biscardi* (Milano 1982) I, p. 245 ss., che - nel ricordare i tre significati con cui la parola *fingere* compare nelle fonti (per le quali cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1891, p. 203 ss.) - osserva che: «1. le fonti usano la parola nel senso di "inventare, affermare erroneamente, simulare", 2. nel significato di "considerare come vera qualcosa, che in realtà non esiste; integrare un dato di fatto in conformità ad una disposizione legale", ed infine 3. soprattutto: porre, supporre un caso. In tutti i 3 significati il significato originario di '*fingere*', cioè 'imitare, formare qualcosa plasticamente secondo un modello' emerge, solamente, in senso figurato. Nell'uso del termine nel senso del terzo significato 'porre un caso' si tratta di una forma raffinata di lingua parlata, che non fa più riconoscere alcuna relazione con il termine giuridico 'finzione'; F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione* (Camerino 2001) p. 92 s., il quale afferma: «derivante dalla radice indeuropea **dheig'h-* e, quindi, dal sanscrito *dēhmi*, nel senso primigenio di foggiare o anche plasmare... assume, nel campo del diritto un carattere talvolta tecnico, una volta affinatosi - tramite un processo di astrazione intellettuale - il significato archetipo, pratico e concreto, propriamente di modellare con l'argilla per formare una figura di nuova creazione... per estensione poi passa a significare riprodurre i tratti di immaginare, inventare, escogitare, fino ad espandersi ed articolarsi in una decina di sinonimiche valenze terminologiche. Proiettato nel nuovo mondo dell'espansione mediterranea di Roma, *fingere* consegue definitivamente un significato incorporale»; e infine di nuovo S. PUGLIATTI, «Finzione» cit., p. 659, ove si sottolinea che la parola finzione «deriva direttamente dalla lingua latina. *Fictio* da *fingo*, originariamente *finctio* (la parola italiana mantiene la *n* di fronte alla *t* convertita in *z*). Si richiamano l'osco *feihúss* (*muros*) e le parole greche *te<coj*, *to<coj*. Dal significato fondamentale: foggiare, modellare, dare forma, anche plasmare, scolpire figurare, quindi trasformare, fino a creare; ed anche procreare».

is, 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 veluti 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 Quiritium eius esse oporteret; et si qua debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis, ita subicitur: tum si pareret N. Negidium A. ((Agerio)) sestertium X milia dare oportere.

Il brano ci dà contezza del fatto che chi chiedeva la *bonorum possessio* in base all'editto del pretore, poteva agire per mezzo della *fictio* che egli fosse erede: il *bonorum possessor*, infatti - dal momento che succedeva *iure honorario* al *de cuius* - non aveva la possibilità di ricorrere alle azioni *directae*, né poteva affermare che era di sua proprietà ciò che era del defunto, oppure che esisteva in suo favore un obbligo giuridico di dare ciò che era dovuto al *de cuius*. Egli, infatti, non era *heres*, e il pretore non poteva renderlo tale³, però poteva dare rilievo alla sua posizione tutelandolo sul piano del *ius honorarium*, conferendo, altresì, effettività alla *bonorum possessio* che gli concedeva. Era questa, in sostanza, la ragione per cui il pretore accordava al *bonorum possessor* sia *actiones in rem* che tutelavano diritti reali, sia *actiones in personam* se si trattava di diritti di credito, modificate, però, attraverso l'inserimento, nell'*intentio* formulare, della *fictio* '*si... heres esset*' che, in questo passo, viene presentata come lo strumento idoneo a consentire l'adattamento di una *formula in ius concepta* a casi diversi da quelli per i quali era stata originariamente predisposta⁴.

³ Come si deduce da Gai. 3. 32: *Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem. Sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur;* in cui il giurista afferma espressamente che il pretore non poteva creare eredi (*...praetor heredes facere non potest*) poiché questi divenivano tali solo in virtù di una legge o di una fonte ad essa equiparata, come un *senatus consultum* o di una *constitutio principis*. Ciò nonostante, una volta concessagli la *bonorum possessio*, essi si venivano a trovare nella stessa situazione degli eredi.

⁴ Sulla differenza tra *formulae in ius* e *formulae in factum conceptae* cfr. Gai. 4. 45-46: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere ... sunt et aliae in quibus iuris civilis intentio est. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed intentio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur; ... innumerabiles eius modi ... formulae in albo proponuntur;* in cui viene chiarito che erano formule *in ius conceptae* quelle che tutelavano una pretesa formulata secondo il *ius civile*, come quelle nella cui *intentio* si affermava che una cosa era propria *ex iure Quiritium* oppure che esisteva in proprio favore un *oportere* di *dare*. Tutte le altre formule erano, invece, *in factum conceptae* e contenevano l'enunciazione della fattispecie, ossia del fatto, per il quale si agiva in giudizio. Per l'analisi della diversa struttura delle *formulae in ius* e in

In virtù dell'inserimento della *fictio*, la formula conteneva l'affermazione di una pretesa che era già tutelata in base al *ius civile*, con la differenza però che, stavolta, titolare dell'azione non era l'*heres* bensì il *bonorum possessor*, il quale, agendo '*ficto se herede*', veniva dal pretore equiparato – dapprima dal punto di vista puramente logico e, successivamente, anche sul piano giuridico - all'*heres*.

È evidente, infatti, che il pretore per concedere al *bonorum possessor* la possibilità di agire in giudizio con azioni sostanzialmente analoghe a quelle che *iure civili* spettavano all'*heres*, doveva percepire come simili o, per meglio dire, come assimilabili le due posizioni, dapprima sul piano logico e, conseguentemente, anche su quello giuridico⁵.

Che la *fictio* venisse inserita proprio nell'*intentio* formulare - ossia in quella parte della formula che conteneva l'affermazione della pretesa che si voleva far valere in giudizio - si evince con chiarezza dal § 34, il quale riporta sia la formulazione dell'*intentio* di un'*actio in rem*, la quale doveva apparire così:

factum conceptae cfr. G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* (Catania 2013) p. 150 s., il quale sottolinea che la distinzione è di grande rilievo poiché, come sappiamo, nell'ambito del processo formulare - in particolare nel suo assetto maturo e quindi successivo alle *leges Iuliae Iudiciariae* - trovavano tutela sia pretese *iure civili* riconosciute, per le quali il pretore concedeva una *formula* con un'*intentio iuris civilis* (cioè un'*intentio* in cui veniva affermato o un *ius* di tipo assoluto, quale era ad esempio il *dominium ex iure Quiritium*, oppure un *oportere*) sia pretese che non si basavano su un tale riconoscimento, per le quali invece la situazione che veniva descritta dal pretore nella formula (a giustificazione della pretesa stessa) era un fatto che, sebbene in passato fosse stato *iure civili* irrilevante, acquisiva per mezzo del pretore rilevanza, nel senso che questi sceglieva di darvi tutela - sia pure solo *iure honorario* - attraverso la concessione di una *formula in factum concepta*, nella cui *intentio* veniva enunciata la fattispecie dedotta dalle parti.

⁵ L'estensione dell'ambito applicativo di un'azione ad altre ipotesi, attuata mediante un ragionamento di tipo analogico, ha condotto alcuni studiosi ad accostare la *fictio* all'analogia. A tal proposito cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Interpretatio nell'esperienza giuridica romana, Annali Università di Ferrara*, 2009, XXIII, p. 259, che descrive la *fictio* come «un particolare meccanismo di analogia, molto amato dai giuristi romani ed ampiamente utilizzato dal pretore nella sua funzione di magistrato giudicante. Rilevato che il caso esaminato differisce da uno già risolto solo per un aspetto, ritenuto tale aspetto non essenziale per la soluzione del problema posto, si finge che la differenza non sussista e quindi si applica la soluzione già nota». Al contrario, U. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione* cit., p. 651 ss., osserva che la finzione non ha nulla in comune con l'analogia, perché con la *fictio* non si estende al caso B la disciplina del caso A ma si forza la fattispecie fattuale per farla rientrare nell'ambito di applicazione di una data disciplina. In sostanza, il *ius civile* non veniva applicato a casi diversi da quelli per il quale era stato creato ma, attraverso la *fictio*, si fingeva che la fattispecie concreta fosse proprio quella alla quale il *ius civile* accordava tutela. Egli, inoltre, pone a confronto la *fictio* e le presunzioni chiarendo che, mentre queste ultime possono essere distrutte dalla prova di un fatto contrario, nel caso delle finzioni non è nemmeno pensabile la questione della prova contraria. Per un'analisi più approfondita della problematica vd. *infra*, § 9, cap. III.

Si A.s A.s L. Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret, si ea res arbtrio iudicis A.o A.o non restituatur, quanti ea res erit et rel.,

sia la formulazione dell'*intentio* di un'*actio in personam*, che, invece, risultava così:

Si A.s A.s L. Titio heres esset, tum si paret N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere, iudex N.m N.m A.o A.o et rel⁶.

In entrambi i casi l'*intentio* veniva espressa attraverso un periodo ipotetico di terzo tipo, in cui ricorreva una protasi con un verbo al congiuntivo imperfetto (in questo caso espresso con '*esset*'); e le azioni che ne scaturirono presero il nome di *actiones ficticiae* o di *formulae ficticiae* (com'è solita denominarle la dottrina)⁷.

In verità l'utilità pratica della *fictio* andava oltre la possibilità di agire in giudizio, come si evince da:

Ulp. Reg. 28. 12: Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficium praetoris. Ideo seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

⁶ Per le *intentiones* formulari delle *actiones ficticiae* poste a tutela del *bonorum possessor*, cfr. O. LENEL, *EP* (Leipzig 1927) 183; nonché C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* (Torino 1982) II, p. 84 ss., il quale sottolinea come Gaio non annoveri la *fictio* tra le clausole formulari «benché egli stesso dica della presenza di '*fictiones*' in *formulis*: in realtà, in tutto ciò il suo parlare è appropriato, perché la *fictio* non è una clausola autonoma, individuabile, bensì un elemento dell'*intentio*: con il termine "*fictio*" si allude, perciò, al fatto che qualcosa si finge e non a una "*pars formulae*". Naturalmente la circostanza finta è espressa 'nei concepta verba', ma tale espressione comporta tutto un particolare tenore dell'*intentio*»; e M. L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione* (Torino 2017) p. 138 nt. 37, la quale così afferma: «è certo che il ruolo assegnato da Gaio alla *fictio* nella struttura della formula è di gran lunga centrale, tanto più che la sua trattazione viene sviluppata prima ancora dell'analisi delle singole *partes formularum*».

⁷ L'appellativo *formula ficticia*, in verità, non si rintraccia nelle fonti, ma è comunemente utilizzato dalla romanistica. E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea* (Padova 1997), p. 263, ritiene addirittura meno corretta l'espressione *actio ficticia* in luogo di *formula ficticia*; sebbene di quest'ultima non si trovi alcuna traccia nelle fonti. Per la struttura *formulae* modificate attraverso la *fictio* cfr. F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 60 s. e 84, il quale oltretutto evidenzia come la presenza della finzione facesse acquisire alle azioni una propria specifica singolarità, tale da renderle sostanzialmente differenti da tutte le altre.

La testimonianza risulta particolarmente significativa sia perché - rappresentando l'unica attestazione sicura dell'appellativo *actiones ficticiae* - dimostra in modo incontrovertibile come queste fossero considerate una vera e propria categoria di azioni, caratterizzata da quella modificazione consistente nella finzione di un presupposto considerato *iure civili* indispensabile; sia perché rende noto che i *bonorum possessores*, attraverso la concessione delle *actiones ficticiae* e, quindi - sulla base del falso presupposto che fossero eredi e non semplicemente *possessores* - potevano non soltanto agire in giudizio in veste di attori, bensì anche resistervi in qualità di convenuti.

Accanto all'*actio ficticia*, il pretore accordava a colui il quale riceveva il beneficio della *bonorum possessio*, un'ulteriore garanzia, per mezzo di un provvedimento di natura interinale: l'*interdictum quorum bonorum*, grazie al quale poteva ottenere l'immediata disponibilità dei *bona* ereditari. Tale forma di protezione, consentiva al *bonorum possessor*, l'acquisizione del possesso sui beni, da chiunque questi fossero detenuti, poiché - essendo uno strumento appartenente alla categoria degli *interdicta adipiscendae possessionis* - era esperibile contro chiunque, e conteneva l'ordine incondizionato di *restituere* tutte le *res corporales* che costituivano oggetto dell'eredità, sulle quali il pretore aveva concesso la *bonorum possessio*⁸. L'interdetto, per sua natura, aveva efficacia provvisoria, quindi se, da un lato, nell'immediato, appariva più efficiente dell'*actio*, perché consentiva l'acquisizione tempestiva della *res* da chiunque la stesse possedendo, a qualunque titolo (*pro herede* o anche *pro possessore*)⁹, dall'altro, non precludeva la possibilità di agire successivamente in giudizio. L'esistenza di entrambe le forme di tutela (l'*actio* con *fictio* '*si... heres esset*' e l'*interdictum quorum bonorum*), pertanto, faceva sì che il *bonorum possessor* godesse di una protezione piena ed effettiva.

⁸ Cfr. Gai. 4. 144: *Adipiscende possessionis causa interdictum accomodatum bonorum possessori, cuius principium est quorum bonorum; eiusque vis e potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideret, id ei cui bonorum possessio data est restituatur ... Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur (interdictum), quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci re possessionem: itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.*

⁹ Cfr. D. 43. 2. 1 pr. (Ulp. 67 ad ed.): *Ait praetor: 'quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides ... id illi restituas'.*

La possibilità di ricorrere all'uno o all'altro strumento, però, non deve trarre in inganno circa l'epoca in cui è più plausibile che siano state introdotte le *actiones ficticiae*. Le due forme di protezione, infatti, non risultavano autonome e alternative sul piano dell'efficacia giuridica, bensì concorrenziali e complementari, per cui non si può immaginare che colui che chiedeva la *bonorum possessio* abbia potuto fare a meno delle *actiones ficticiae* per lungo tempo, facendo in un primo periodo esclusivamente affidamento sulla sola disponibilità dell'interdetto¹⁰; anche perché l'*interdictum* consentiva solo di acquisire il possesso dei *bona* del *de cuius*, ma non poteva consentirne il recupero qualora il *bonorum possessor* li avesse successivamente perduti; né poteva applicarsi ai crediti ereditari per i quali è plausibile che fu presto necessario approntare delle azioni fittizie¹¹.

Ciò detto, per comprendere l'epoca alla quale risalgano le *actiones ficticiae*, occorre indagare - non tanto sui rapporti tra le due forme di tutela: giudiziaria e interdittale - quanto, piuttosto, sull'evoluzione che subì la *bonorum possessio*; in modo tale da poterla porre in relazione alla concessione pretoria della *fictio* '*si... heres esset*'¹².

¹⁰ Come ha inteso di dimostrare L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto* (Napoli 1984) p. 13 ss., che colloca l'introduzione della *fictio* '*si... heres esset*' e, più in generale, di tutte le *actiones ficticiae*, in un periodo successivo alla riforma giudiziaria che Augusto attuò con le *leges Iuliae iudicariae* del 17 a.C. Concorda con Di Lella circa l'origine augustea delle *actiones ficticiae*, F. D'IPPOLITO, «Tagliacarte», in *Labeo*, 1984, 30, p. 380 s.

¹¹ Cfr. Gai. 3. 80- 81: *Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita damnium adquiruntur, si usuceperunt. Interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, veluti si peregrinus sit bonorum emptor nec senatus consultum concesserit eius civitati ius quo, quae civibus eius populi a civibus Romanis alienantur, usu capere possunt. 81. Item quae debita sunt ei cuius fuerunt bona, aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet aut ipsis debentur, et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et agunt et conveniuntur, quas in sequenti commentario proponemus.*

¹² Prescinde invece da questa indagine la questione particolarmente controversa dell'origine della *bonorum possessio*. Basti a tal proposito ricordare che la pandettistica tedesca aveva prospettato tre differenti possibilità circa la sua probabile funzione primaria: secondo la prima, la *bonorum possessio* scaturì da esigenze di carattere processuale connesse all'assegnazione delle *vindiciae* da parte del magistrato nell'ambito del *lege agere*, cfr. sul punto C. F. FABRICIUS, *Ursprung un Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören de sordo iudiciorum privatorum*, in *Historische Forschungen* (Berlino 1837) 17 ss.; per la seconda, la *bonorum possessio* derivava dal regolamento pretorio della *usucapio pro herede* e aveva il fine di impedire la casualità del *possidere*, cfr. F. C. von SAVIGNY, *Über das Interdict 'quorum bonorum'*, in *Vermischte Schriften* (Berlino 1850) II, p. 233, secondo cui il pretore, attraverso la concessione di tale beneficio, dava inizio in modo formale alla *usucapio*; in base alla terza ipotesi, invece, la *bonorum possessio* consentì al *praetor* di dar luogo ad un vero e proprio sistema successorio, diverso da quello di *ius*

I.2 Segue. Indagine sull'epoca di introduzione della *fictio 'si... heres esset'* in connessione all'evoluzione della *bonorum possessio*.

Considerate le poche fonti attestanti l'esistenza di un' *actio con fictio 'si... heres esset'*, se si vuole tentare di comprendere in quale epoca storica è più probabile che il pretore abbia fatto ricorso all'espedito processuale della finzione, occorre analizzare quale sia stato lo sviluppo della *bonorum possessio*; e ciò anche al fine di scorgere la funzione dell' *actio ficticia* che dal pretore veniva accordata al *bonorum possessor*.

A tal proposito si ricordi come in un primo momento la *bonorum possessio* veniva concessa al solo scopo di *adiuvare* l'applicazione del *ius civile*¹³, il cui sistema di successione cominciò ben presto ad apparire inadeguato ed eccessivamente rigido, come dimostrano le fonti ciceroniane che attestano le tre clausole edittali attraverso cui il pretore prometteva di dare tale beneficio. La prima clausola si desume da:

Cic. *Verr.* II 1. 45. 117: *Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Hoc traslaticium est...*

civile, cfr. B. W. LEIST, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar begründet von Ch. Fr. Von Glück, Büch. 37/38* (Erlangen 1879) I, 279 ss. e 318 ss. Più in generale, per una ricostruzione ragionata del dibattito sulle origini della *bonorum possessio* cfr., invece, C. LONGO, « *bonorum possessio*», in *Enciclopedia giuridica italiana* (Milano 1911) II.1, p. 1206 ss.; F. PASTORI, *La definizione della bonorum possessio*, in *Studi di De Francisci* (Milano 1956) III, p. 597 ss. e 609 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* (Milano 1967) I, p. 130 s.; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali* (Napoli 1996) p. 93 ss.; F. PULITANÒ, *Cicerone, in Verrem, 2, 1, 45, 115 e l'origine della bonorum possessio*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 1998) 571 ss. e, più precisamente, p. 574 e 610 nt. 91, ove si ricorda anche «la corrente dottrinale propensa a ritenere che la molla decisiva per la diffusione della *bonorum possessio* sia stata la possibilità, che essa offriva al beneficiario, di usufruire dell'interdetto *quorum bonorum* (la *bonorum possessio* determinava infatti l'acquisto dell' *in bonis habere*); in questo modo sarebbe stato possibile rendere attuale il proprio potere sui beni, prima dell'affermarsi delle azioni contenenti la *fictio* della qualifica di erede». L'autrice a tal proposito ritiene che la *bonorum possessio* - la quale discendeva dal potere magistratuale di *imperium* - sarebbe sorta con l'obiettivo di evitare il processo, consentendo «al pretore di disporre, caso per caso, di alcune situazioni giuridiche "in via breve"» e che «ciò giustificerebbe, tra l'altro, anche il sorgere, da considerarsi immediatamente successivo, di uno specifico interdetto prima delle *actiones ficticiae*».

¹³ Secondo quella che è la nota definizione del *ius honorarium* data da Papiniano in D. 1. 1. 7: ... *Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*

Dal passo può evincersi il principio - divenuto poi tralatizio - secondo cui il pretore concedeva la *bonorum possessio* a chi era stato istituito erede con un testamento sul quale erano stati apposti un numero di sigilli inferiore a quello richiesto dalla legge. Il vizio dell'istituzione d'erede, infatti, in questo caso, era puramente formale e, pertanto, venne percepito sin da epoca risalente come possibile causa di iniquità. La seconda clausola, invece, si deduce da:

Cic. *Verr.* II. 1. 44. 114: *Si tabulae testamenti non proferentur, tum ut, uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem daretur...et hoc vetus edictum traslaticiumque esse.*

Il brano contempla l'ipotesi in cui, per qualsiasi ragione, non veniva esibito un testamento: il pretore, in questo caso, concedeva la *bonorum possessio* a colui il quale sarebbe risultato erede *ab intestato* sulla base del *ius civile*. Anche tale principio - che rispondeva ad evidenti ragioni di *aequitas* - dovette, così come quello precedente, rimanere invariato per lungo tempo, divenendo parte dell'editto tralatizio, come ci tiene a precisare Cicerone: ... *et hoc vetus edictum traslaticiumque esse*¹⁴.

Infine, la terza clausola può essere ricostruita per mezzo di:

Cic. *pro Cluent.* 60. 165: *At heres est Cluentius. Intestatum dico esse mortuum possessionemque eius bonorum ex edicto praetoris huic illius sororis filio, adulescenti pudentissimo et in primis honesto, quiti Romano, datam...*

Cic. *Part. orat.* 28. 98: *Atque eius quidem generis finis est aequitas; quae non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnumquam, ut cum de verissimo accusatore disputatur aut cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio; in quibus causis quid aequius atque aequissimum sit quaeritur.*

Tali testimonianze ci rendono noto il principio secondo cui il pretore eccezionalmente si riservava di concedere la *bonorum possessio*, quand'anche non

¹⁴ A prescindere dalle evidenti iniquità cui conduceva l'applicazione del *ius civile*, la ragione ultima sottesa alla concessione della *bonorum possessio* rispondeva evidentemente, in entrambi i casi esaminati (Cic. *Verr.* II. 1. 45. 117 e Cic. *Verr.* II. 1. 44. 114), all'esigenza precipua di evitare che l'eredità rimanesse giacente.

si presentassero eredi testamentari o legittimi, sulla base di una valutazione equitativa e, quindi, puramente discrezionale.

Dall'esegesi delle tre clausole complessivamente considerate, la romanistica¹⁵ desume - con una certa sicurezza - come ai tempi di Cicerone il pretore concedesse solo la *bonorum possessio secundum tabulas e sine tabulis* e, quindi, come in quella fase storica, non fossero ancora maturi i tempi per formulare la promessa di una tutela giuridica tramite la *bonorum possessio contra tabulas*. Tutte e tre le clausole edittali, infatti, presupponevano che non vi fossero eredi in base al *ius civile*, perché, se costoro vi fossero stati, sarebbero prevalsi sui beneficiari della *bonorum possessio*; dal che può ricavarsi che la *bonorum possessio* fu impiegata, dapprima, con la funzione di agevolare l'applicazione del *ius civile* e, quindi, con l'intento di assecondare i principi del *ius civile* seguendo l'ordine dei successibili; e che, solo in prosieguo di tempo, essa svolse una funzione più propriamente emendativa degli antichi principi giuridici di *ius civile*, allorquando il pretore cominciò a promettere la concessione della *bonorum possessio contra tabulas*.

Più precisamente, solo quando furono maturi i tempi per iniziare un allontanamento dagli antichi principi del *ius civile*, il pretore adottò degli strumenti volti a correggere quella disciplina della successione *ab intestato* che, ad un certo punto dell'evoluzione storica, apparve profondamente ingiusta¹⁶; come si desume sin dalle prime attestazioni delle clausole edittali volte a *corrigere* il *ius civile* che - secondo Di Lella - risalgono all'epoca del principato¹⁷; si veda prima tra tutte:

D. 29. 2. 60 (Iav. 1 *ex post. Lab.*): *Filium emancipatum 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*

¹⁵ Per l'esegesi dei passi cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., I, p. 130 ss.; L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 17 ss.; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali* (Napoli 1996) p. 101 s.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 268 nt. 227.

¹⁶ La necessità di correggere la disciplina del *ius civile* si avvertì soprattutto in relazione a due problematiche che il sistema successorio poneva: da un lato, tra i *sui heredes* non erano inclusi i figli emancipati perché erano ormai fuoriusciti dalla *potestas* del *pater*, e, dall'altro, erano chiamati a succedere dopo i *sui heredes* solo gli *adgnati*, dal momento che non si dava alcun rilievo alla semplice *cognatio*. Quest'ultimo principio comportava che non vi era diritto di succedere tra la madre e il figlio o tra il figlio e la madre se questa non aveva assunto attraverso la *conventio in manu*, una posizione *loco sororis*: cfr., tra tutti, G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 497 s.

¹⁷ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 26 s.

hereditatem possedit. Labeo ait: si probaretur sana mente pater testamentum 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 petat. PAULUS. Et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est.

Il frammento riguarda il caso del *pater* che istituisce erede il figlio emancipato prevedendo – per l’ipotesi che non diventi erede - una *substitutio vulgaris* a favore del servo manomesso *testamento*. Il figlio fa valere lo stato di demenza del padre e contestualmente domanda al pretore la *bonorum possessio ab intestato*, al fine di iniziare a possedere i beni ereditari. Sulla questione si pronuncia il giurista Labeone, affermando che qualora venisse provata la demenza del padre – poiché il testamento verrebbe considerato privo di valore - il figlio diverrebbe erede *ab intestato* per *pro herede gestio*. Di contrario avviso appaiono, invece, i giuristi Giavoleno, Proculo e Paolo, i quali osservarono che il figlio, in verità, volle in questo modo rifiutare il testamento e, di conseguenza, anche l’eredità; pertanto, proprio in virtù della *substitutio vulgaris*, per tali giuristi erede sarebbe lo schiavo manomesso.

La seconda clausola avente una finalità correttoria del *ius civile* si desume da:

D. 37. 4. 8. 11 (Ulp. 40 *ad ed.*): *In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heres instituti sint, et hoc iustissime eum facisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. Ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis qui solent committere edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad bonorum possessionem contra tabulas admittamus.*

Anche questo frammento contiene un parere di Labeone, laddove Ulpiano afferma che, sebbene secondo un principio generale la *bonorum possessio contra tabulas* non avrebbe potuto essere concessa al figlio dato in adozione, il pretore introdusse un’eccezione a favore del figlio dato in adozione istituito erede, quando l’altro impugnò il testamento per invalidità; ciò in quanto, come ritiene Labeone, il figlio emancipato non sarebbe stato propriamente estraneo alla famiglia.

Di Lella - per dimostrare come nell’epoca del principato si era raggiunta una certa maturazione nel pensiero giuridico romano in tema di *bonorum possessio* –

adduce, oltre alle testimonianze appena esaminate, un altro frammento di Ulpiano, il quale, riportando la definizione datane da Labeone in termini di *'iuris magis quam corporis possessio'* ne testimonierebbe l'avvenuta concettualizzazione giuridica ad opera del giurista:

D. 37. 1. 3. 1 (Ulp. 39 *ad ed.*): *Hereditas 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, atamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.*

Secondo l'autore, infatti, il frammento attesterebbe un'importante svolta nel pensiero giuridico romano: «il *bonorum possessor* non è più tanto colui che ha la disponibilità dei *bona* ereditari, ma un successore *mortis causa* a titolo universale: egli ha sì il diritto di conseguire le *res* ereditarie, ma ha anche l'obbligo di pagare i debiti dell'eredità, come può esigere i crediti. La sua posizione viene considerata simile a quella dell'*heres*»¹⁸. Proprio in ragione di ciò, lo studioso ritiene che sia proprio questo il periodo storico in cui venne affermandosi la necessità che il pretore ricorresse all'espedito della *fictione*, per consentire al *bonorum possessor* di agire e di essere convenuto in giudizio per i crediti ereditari.

È sua opinione, infatti, che l'epoca di introduzione delle *actiones ficticiae* possa essere ricostruita solo indagando il rapporto esistente tra i due strati normativi del *ius civile*, che – al tempo di Cicerone costituiva ancora un limite invalicabile per il pretore – e del *ius honorarium*; perché, solo a partire dalla concessione della *bonorum possessio contra tabulas* – e, segnatamente, al tempo della riforma giudiziaria attuata da Augusto con le *leges Iuliae iudicariae* del 17 a.C. – il pretore avrebbe potuto derogare il *ius civile* e, quindi, ricorrere allo strumento della *fictione* *'si... heres esset'*. In questa fase, infatti, la *bonorum possessio contra tabulas* – configurandosi come *cum re*¹⁹ - presupponeva la

¹⁸ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 30.

¹⁹ Sulla distinzione tra *bonorum possessio cum re e sine re*, cfr. Ulp. *Reg.* 28. 13: *Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re: cum re, cum is, qui accipit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit, veluti si suus heres intestati bonorum possessio sine re, quoniam suus heres evincere hereditatem iure legitimo possit; nonché B. BIONDI, «Bonorum possessio», in NNDI (Torino 1957) II, p. 512, che spiega l'evoluzione della *bonorum possessio*, la quale dapprima ebbe il compito di *adiuvare* il *ius civile* e, successivamente, venne disposta dal pretore *corrigeni iuris civilis gratia*. Solo durante questa seconda fase fu possibile uno*

definitività dell'acquisto, giustificando, così, la disponibilità delle *actiones ficticiae* in capo al *bonorum possessor*; ciò anche perché l'esercizio di tali azioni da parte del beneficiario di una *bonorum possessio contra tabulas*, non avrebbe potuto dar luogo a controversie con il vero *heres*, il quale sicuramente avrebbe perso la lite contro il possessore pretorio, giacché «l'editto, almeno nella sua redazione giuliana» risolveva «in via preventiva ogni possibile conflitto tra successibili pretori e civili, mediante predeterminazione dei casi di *bonorum possessio cum re e sine re*»²⁰.

Egli, in sintesi, ritiene che «è solo a partire da Labeone che per la *bonorum possessio* è attestato il valore di *ius hereditarium*; ed è soltanto a partire da quest'epoca che può concretamente porsi il problema dell'estensione al *bonorum possessor* delle azioni spettanti all'*heres* (nei confronti dei terzi), estensione resa possibile, sul piano processuale, dall'espedito della finzione della qualità ereditaria in capo al successore pretorio»²¹. Soltanto da questo momento in poi, infatti «la posizione del *bonorum possessor*» diviene «sostanzialmente identica a quella dell'*heres*, attuandosi in un caso e nell'altro una *successio in locum defuncti*»²².

È stato tuttavia rilevato che, in verità, l'espressione *succedere in locum defuncti* - che compare in Gai. 4. 34 - non indica l'atto di *succedere in ius*: il *bonorum possessor* – perlomeno in una fase iniziale del pensiero giuridico romano – allorché otteneva la concessione del beneficio della *bonorum possessio sui*

scontro tra gli eredi civili e i *bonorum possessores* e si delineò la distinzione tra *bonorum possessio cum re* e *bonorum possessio sine re*: «nella prima, nel contrasto tra erede civile e *bonorum possessor* vince quest'ultimo; nella seconda vince l'erede civile».

²⁰ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 20.

²¹ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 32 s.

²² Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 17 e le riflessioni di R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria* (Napoli 1972) p. 30 s., il quale pochi anni prima di Di Lella - a proposito della frase '*cum enim praetorio iure, non legitimo succedat in locum defuncti*' in Gai. 4. 34 - osservava come non si possa fare a meno di notare che «il dualismo *ius civile - ius honorarium*, che pure non manca di manifestarsi in altre occasioni nelle Istituzioni, e talora in termini di antitesi, si vada qui stemperando (se non proprio annullando) in una visione unitaria dell'ordinamento». Il che è senz'altro vero all'epoca di Gaio, sebbene, a ben guardare, delle *actiones ficticiae* il giurista parli subito dopo aver descritto il passaggio dal *lege agere* all'*agere per formulas* e prima di aver descritto la struttura delle *formulae*, inducendo così l'interprete a credere che fossero ben più risalenti nel tempo. Cfr. sul punto G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio* (Torino 2003) p. 104 ss., il quale afferma che la descrizione delle *fictiones* si colloca, nelle *Institutiones* gaiane «sorprendentemente... prima ancora» che siano esposte «le nozioni base su ogni singolo segmento della *formula*».

bona del de cuius, non veniva a trovarsi in una situazione identica a quella del *dominus ex iure Quiritium*; tant'è vero che il *dominium ex iure Quiritium* poteva essere acquisito dal *bonorum possessor* – solamente se ne sussistevano i presupposti – in un momento successivo, e segnatamente dopo che fosse trascorso il tempo necessario al maturare della *usucapio*²³.

Quelle dell'*heres* e del *bonorum possessor* erano quindi due figure giuridiche differenti, sebbene ai *bonorum possessores* veniva *iure honorario* accordata tutela attraverso quella che sostanzialmente era un'estensione in via analogica delle *actiones* spettanti agli *heredes*, ottenuta in virtù dell'inserimento della *fictione* nella struttura formulare²⁴.

Se questa è l'interpretazione di Gai. 4. 34 che appare più plausibile, sembra più corretto ritenere che le *actiones ficticiae* rappresentarono proprio lo strumento attraverso cui il pretore volle concedere tutela al *bonorum possessor* al fine di equipararlo giuridicamente, sia sotto il profilo più propriamente processuale che - per converso - dal punto di vista sostanziale, all'*heres*. Questo processo di

²³ Per la differenza tra *successio in ius* e *successio in locum*, cfr. R. AMBROSINO, *Successio in ius – successio in locum – successio*, in *SDHI*, 1945, XI, p. 94 s., che così afferma «Mentre l'espressione *successio in ius*, che pur dovrebbe rappresentare – secondo quel che si è preteso – un concetto centrale della dottrina ereditaria classica, non si incontra mai nelle fonti giuridiche pervenuteci fuori della compilazione giustiniana, l'altra espressione *successio in locum*, vi si incontra con una certa frequenza; ma mai nel senso di subentrare nella situazione giuridica del defunto da cui si eredita. Nelle fonti giustiniane *successio in locum*, che al pari di *successio in ius* dovrebbe esprimere l'idea dommatica preminente della successione ereditaria, sta invece sempre nel significato di succedere 'invece di' ... è sempre usato dai classici per indicare una trasposizione materiale di soggetti (ad es. il sostituirsi di un creditore ad un altro) senza che ne consegua mai un rapporto di trasferimento di diritti o che si costituisca un rapporto di dipendenza ... queste affermazioni valgono anche per l'unico passo di Gaio che, contenendo l'espressione '*succedere in locum defuncti*', sembra a tutta prima smentirle», ossia il passo Gai. 4. 34; U. ROBBE, *La successio e la distinzione tra successio in ius e successio in locum* (Milano 1965) p. 162, il quale così afferma: «l'*in locum* non è l'*in ius*, quello è meno di questo; fra l'uno e l'altro c'è la stessa grande differenza che c'è fra il *ius praetorium* e il *ius civile*»; e F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 101 s.

²³ Intendendosi per tali quei beni che andavano a costituire l'*hereditas* del *de cuius*, la quale – sino a quando non venne concettualizzata dai giuristi – comprendeva, nella concezione romana, solo *res corporales*, cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario romano* cit., I, p. 130 s.

²⁴ Per questo profilo, cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 270 s., il quale a tal proposito afferma «si potrebbe ritenere che l'oggetto della *fictione* sia costituito dalla qualità giuridica di erede, ma l'osservazione non sarebbe corretta. Invero, all'interno della formula, l'essere erede non rileva direttamente sul 'piano giuridico' (il che equivarrebbe a far, inaccettabilmente, coincidere le due posizioni), ma in via indiretta 'sul piano dei fatti'. Più precisamente 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 *formulae*».

equiparazione tra due posizioni giuridiche differenti risulta pienamente raggiunto per il diritto oggettivo, non già nel periodo del principato - come vorrebbe Di Lella - bensì con il diritto giustiniano.

Sottolinea Mercogliano, infatti, che è solo nel periodo giustiniano che il processo di unificazione tra *ius civile* e *ius honorarium* giunge a compimento e che la situazione giuridica del *bonorum possessor* viene definitivamente equiparata a quella dell'*heres*²⁵. In ragione di ciò l'autore ritiene «più verosimile che le *actiones ficticiae* abbiano rappresentato delle duttili possibilità di espressione dell'attività creativa del pretore, che le poneva in correlazione con il riconoscimento della qualificazione giuridica di *bonorum possessor*. Egli concedeva la *bonorum possessio* ad alcuni soggetti, i quali avrebbero agito in giudizio mediante *actiones ficticiae*. Questa pratica giudiziaria avrebbe permesso ai giuristi di affinare, sviluppare e ampliare la concezione di *bonorum possessio* che attesterà... Labeone, piuttosto che l'inverso»²⁶.

La ricostruzione Di Lella, inoltre, si basa su un'ulteriore argomentazione: la *fictio* 'si... heres esset' presuppone la vigenza dell'*agere per formulas* che, in materia ereditaria, si sarebbe affermato non prima della riforma augustea del 17 a.C., dal momento che, fino a quella data, per i giudizi centumvirali doveva agirsi

²⁵ Cfr. F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 104, e le fonti addotte a riprova di tale affermazione: D. 38. 17. 2. 8 (Ulp. 13 *ad Sab.*): *Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. Africanus et publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstant, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est;* e D. 37. 1. 2 (Ulp. 14 *ad ed.*): *In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.* Da tali passi si evince che la differenza tra le due posizioni giuridiche del *bonorum possessor* e dell'*heres* era, a quel tempo, solo nominalistica. La tesi dell'autore sembra derivare dalla teoria prevalentemente seguita in dottrina, secondo cui l'espedito della finzione trova terreno fertile nei sistemi giuridici caratterizzati da una pluralità di ordinamenti, come messo in luce da V. COLACINO, «*Fictio iuris*», in *NNDI* (Torino 1968) VII, p. 269 s., in cui osserva che «il ricorso ad un simile procedimento si palesa utile, anzi necessario, in quegli ordinamenti che, come il romano constano di una pluralità di sistemi giuridici, aventi ciascuno una propria fonte e un'autonoma linea di sviluppo, ed in cui l'attività nomotetica si esplica con molta cautela, rifuggendo dalle innovazioni radicali, e con il più grande rispetto degli istituti e delle forme tradizionali». In questi ordinamenti le *actiones ficticiae* si presentano e «si contraddistinguono proprio per il fatto di muovere dal disposto di un dato normativo esistente per superarne i confini, apprestando tutela a situazioni in quello non contemplate», cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio* cit., p. 111.

²⁶ Cfr. F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 110 s. e quanto affermato ancor prima da R. SOTTY, *Rec. a Di Lella*, in *Iura*, 1984, XXXV, p. 109; ID. *L'età delle «formulae ficticiae»* (Lettura di Di Lella, *Formulae ficticiae*) in *Labeo*, 1985, 31, p. 342 ss., in cui sottolinea come la tesi dello studioso non appaia sostenuta da argomentazioni tali da renderla convincente.

previamente con la *legis actio sacramenti*²⁷. A tal proposito, però, può confrontarsi:

Gai. 4. 30-31: *...Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus. 31 Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumvirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum.*

Sulla base del ragionamento dell'autore, il pretore avrebbe potuto fare ricorso alla *fictio* solo a partire dalla piena vigenza dell'*agere per formulas* e al fine precipuo di sopperire alla carenza di uno strumento di tutela idoneo a far valere anche i crediti ereditari, per i quali non avrebbe potuto operare l'*interdictum quorum bonorum*²⁸.

In verità, però, se ci si basa esclusivamente su quanto affermato da Gaio in 4. 31, sembrerebbe che dopo la *lex Aebutia* e le *leges Iuliae iudicariae* era ancora consentito *lege agere*, sebbene la scelta di tale procedura non si presentasse in termini di obbligatorietà (*...permissum est lege agere*). Anzi, il prosieguito del passo (*sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum*) induce proprio a credere che in materia ereditaria il giudizio *per legis actiones* venisse ancora applicato; il che, a ben guardare, indebolisce la tesi di Di Lella, che attribuisce all'intervento riformatore di Augusto l'introduzione delle *actiones ficticiae* basandosi sul presupposto che solo a partire dal 17 a.C. si sarebbe affermato l'*agere per formulas* per la risoluzione delle controversie in materia ereditaria.

²⁷ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 32.

²⁸ Pare che sia questa la teoria di L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 34 s. e 41 s., il quale sostiene che fino a quando la *bonorum possessio* era *iuris civilis confirmandi gratia*, non vi poteva essere alcuno scontro tra l'*heres* e il *bonorum possessor*, perché quest'ultimo era lo stesso erede civile. In questa fase, la *bonorum possessio* sembra che venisse concessa dal pretore al solo scopo di permettere, a colui che ne faceva richiesta, di avvalersi dell'*interdictum quorum bonorum*, cfr. Gai. 3. 34: *...quibus casibus beneficium eius in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius principium est quorum bonorum, uti possit*. Il *bonorum possessor* poteva acquistare per usucapione i beni posseduti mentre, per i rapporti obbligatori non vi era possibilità che si consolidasse sotto il profilo civilistico la sua posizione «egli, non potendo certamente ricorrere ad una forma di legittimazione del tipo dell'antica *usucapio pro herede*, aveva sempre necessità di servirsi delle azioni utili contenenti la *fictio heredis*».

Inoltre, si è già avuto modo di constatare come le due forme di protezione dell'*interdictum* e dell'*actio ficticia* fossero sostanzialmente diverse, sebbene complementari; e che, se si seguisse l'interpretazione secondo cui l'interdetto fosse già di per sé sufficiente a consentire il recupero dei *bona* ereditari nel momento in cui la *bonorum possessio* era ancora volta ad *adiuvare* l'applicazione del *ius civile*, non si spiegherebbe il motivo per il quale il pretore considerò necessario ricorrere, ad un certo punto dell'evoluzione storica, a quell'*actio ficticia in rem* di cui parla Gaio in 4. 34, oltre che a quella *in personam*. Sembra quindi non potersi escludere - sulla base delle argomentazioni addotte dall'autore - che le *actiones ficticiae* risalgano ad un periodo anteriore al principato e, in particolare, a quella fase di passaggio dal *lege agere* all'*agere per formulas* che fu scandita dall'emanazione, dapprima, della *lex Aebutia*, e - solo successivamente - delle *leges Iuliae iudicariae*.

I.3 Segue. Il *bonorum possessor* poteva avvalersi di una *hereditatis petitio possessoria* sin dal periodo classico?

Tenendo presente l'evoluzione della *bonorum possessio* in rapporto all'introduzione delle *actiones ficticiae*, si può tentare, inoltre, di dare una spiegazione al perché le fonti giustiniane raccolgano alcuni frammenti che testimoniano l'esistenza di una *hereditatis petitio possessoria* esercitabile dal *bonorum possessor*, il quale - non essendo *heres* ma solo *heredis loco* - non avrebbe potuto esperire la *petitio hereditatis* se non agendo *ficto se herede*.

Autorevole e risalente dottrina ritiene che tale azione risalga al periodo giustiniano e sia dovuta all'opera dei compilatori²⁹. Tuttavia nei *Digesta* vi è un'intera rubrica dedicatavi: *De possessoria hereditatis petitione*, composto da due frammenti:

²⁹ Cfr. C. F. FABRICIUS, *Bemerkungen über die hereditatis petitio, die pro herede usucapio, und das Interdictum quorum bonorum*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, 1833, 4, p. 167 ss.; ID. *Ursprung und Entwicklung der Bonorum Possessio bis zum Aufhören de sordo iudiciorum privatorum* (Berlino 1837) p. 200 ss.;

D. 5. 5. 1 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Ordinarium fuit post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum quos ipse ipse velut heredes facit, hoc est eorum quibus bonorum possessio data est:*

D. 5. 5. 2 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus consequi potest.*

Dalle *inscriptiones* sappiamo che i frammenti appartengono ad Ulpiano e Gaio, giuristi di epoca classica. Il primo frammento contiene un'allusione generica alla *hereditatis petitio possessoria* ma, il secondo, sembra contenere un riferimento più esplicito.

Chi nega la classicità di tale azione ritiene che, in realtà, non fosse presente nel testo originale di Gaio, ove molto più probabilmente si sarebbe potuto trovare un riferimento alle *actiones in rem* o *in personam* modificate attraverso la *fictio* 'si...heres esset', ricordate dal giurista nelle *Institutiones*. Tale dottrina, infatti, sottolinea che se Gaio fosse stato a conoscenza della *hereditatis petitio possessoria* l'avrebbe menzionata nel momento in cui informava i suoi studenti dell'esistenza dello strumento processuale della *fictio*³⁰. Analogamente si potrebbe pensare che Ulpiano non ne fosse a conoscenza, giacché una *hereditatis petitio possessoria* non compare neppure nelle *Ulpiani Regulae*.

Quadrato, tuttavia, evidenzia come - sebbene le *Institutiones* di Gaio non contengano alcun riferimento esplicito - il passo 4. 34, nella parte in cui specifica che il *bonorum possessor* non *habet directas actiones* ma *ficto se herede agit*, potenzialmente comprende qualsiasi *actio ficticia*, compresa una *hereditatis petitio*³¹.

Altra dottrina, invece, rifiuta questa interpretazione perché Gaio in 4. 34 espressamente, tramite la *fictio*, adatta al *bonorum possessor*, solo ed esclusivamente *actiones in rem* e *in personam*, e non anche la *hereditatis petitio*³²; che, pur configurandosi come un'*actio in rem*, è volta anche ad ottenere prestazioni

³⁰ Cfr. C. F. FABRICIUS, *Bemerkungen über die hereditatis petitio* cit., p. 211.

³¹ Cfr. R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria* cit., p. 20. *Contra* C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* cit., II, p. 35 nota 23, secondo cui «non si concedeva al *bonorum possessor*, ovviamente, una ' *petitio hereditatis ficticia*', inconcepibile perché avrebbe impedito l'accertamento della *causa petendi*».

³² Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 19.

personali e, in ragione di ciò, nel diritto giustiniano, viene definita come un'azione *mixta*³³.

Si può obiettare, però, che a fronte della natura complessa di tale azione Gaio abbia preferito non approfondire una tale tematica, ma rispettare l'impostazione originariamente seguita nelle *Institutiones* - basata sin dall'inizio sulla distinzione tra *actiones in rem* e *actiones in personam* - senza quindi entrare nei dettagli, perché consapevole del fine didattico della propria opera³⁴.

A questa riflessione possono aggiungersi le perplessità che scaturiscono da altri due passi - che riportano il pensiero di Giuliano - nei quali può scorgersi un ulteriore riferimento alla *petitio hereditatis possessoria*³⁵. Nel primo passo si legge che l'erede testamentario deve trasferire al *bonorum possessor* che esperisce la *hereditatis petitio*, tutta l'eredità, compresi i fondi e gli schiavi:

D. 37. 4. 13 pr. (Iul. 23 dig.): *Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem patenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit.*

Nel secondo frammento, invece, si affronta il tema dell'editto Carboniano³⁶ che consentiva di concedere provvisoriamente una *bonorum possessio* al figlio

³³ Come si deduce da D. 5. 3. 25. 18 (Ulp. 15 ad ed.): *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum;* e C. 3. 31. 7 (Imperatores Diocletianus, Maximianus): *Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat.*

³⁴ Cfr. sul punto R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria* cit., p. 23, il quale osserva che data la natura *mixta* dell'*hereditatis petitio*, si comprende come mai Gaio non l'abbia inclusa nell'elenco delle *actiones in rem* contenuto in 4. 3. Afferma l'autore che: «l'elencazione non ha qui, è chiaro, valore esaustivo. Ma ciò non toglie che nella decisione gaiana possa aver influito la natura complessa, "anomala" di quest'azione, inadeguata perciò alla funzione esemplificativa, quasi paradigmatica, da svolgersi nel passo. Ma se così è, non dovrebbe stupire, tornando a Gai. 4. 34, la mancanza di un richiamo esplicito alla corrispondente azione pretoria. Lo giustifica ampiamente l'adozione, a carattere programmatico, da parte gaiana dello schema *actio in rem-actio in personam*».

³⁵ Per l'esegesi dei quali cfr. R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria* cit., p. 33 s.

³⁶ Sul contenuto dell'editto Carboniano cfr. D. 37. 10. 1 pr.: *Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.* La controversia veniva quindi differita sino

impubere cui fosse stata contestata l'appartenenza all'*ordo unde liberi*, in attesa di procedere - raggiunta la pubertà - al giudizio di accertamento della sua posizione giuridica:

D. 37. 10. 3. 13 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores possessorem constituere quod si coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res, rectissime Iulianus libro vicensimo quarto digestorum scribit exceptione eum summovendum: contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum praetor tantisper constituit si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres, ut ea petitione iudicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne praesumptio Carbonianae bonorum possessionis iniuram adversariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem.*

Il frammento, che appare piuttosto controverso, appartiene al giurista Ulpiano, il quale - ricordando il pensiero di Giuliano secondo cui l'impubere assumeva la qualifica di *bonorum possessor* sino al raggiungimento della pubertà - sembra voler negare che questi potesse avvalersi della *hereditatis petitio possessoria* (*quod si coeperit... hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus*) che di solito spettava al *bonorum possessor*, affermando così che, se agisse con tale azione, verrebbe respinto con una *exceptio*. Il fatto che nella parte iniziale del passo ci si riferisca alla *hereditatis petitio possessoria* è reso ancora più chiaro dal prosieguo, ove si afferma che se egli intende domandare l'eredità, deve promuovere l'azione diretta (*si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres*), in modo tale che si possa giudicare se sia *heres*³⁷.

al momento del raggiungimento della *pubertas* con non poche conseguenze sul piano processuale, cfr. S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano* (Napoli 2007) p. 6 ss.

³⁷ Per una sintesi delle diverse interpretazioni di questo passo adottate dalla romanistica, cfr. R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria* cit., p. 45 s. e il più recente studio di S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano* cit., p. 163 s., la quale, ricorda che secondo alcuni la frase '*hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulares res*' farebbe riferimento all'*interdictum quorum bonorum*, mentre '*hereditatem aut singulares res petere... directa actione quasi heres*' rinvierebbe all'*hereditatis petitio di ius civile*; e che secondo altri, invece, il passo conterrebbe la contrapposizione tra le *actiones utiles* del *bonorum possessor* e le *directae* dell'*heres*. L'autrice, tuttavia, riconosce che l'interpretazione più convincente è quella di Quadrato, secondo cui Ulpiano avrebbe inteso negare al *bonorum possessor* l'*hereditatis petitio possessoria* ed aggiunge che con ciò «il giurista potrebbe essersi... limitato ad escludere la spettanza all'impubere dell'*hereditatis petitio data in via utile*» ma non anche quella delle *actiones in rem* ed *in personam* modificate con la *fictio 'si heres esset'*.

Ambedue i frammenti, in aggiunta ai precedenti, fanno sì che si possa propendere a favore dell'esistenza di una *hereditatis petitio possessoria* risalente già al periodo classico, cioè ad una fase in cui la *fictio* continuava a svolgere la sua funzione di tensione verso la modifica del diritto sostanziale, definitivamente raggiunta - in concomitanza con l'obiettivo di Giustiniano di unificare tutto il diritto vigente - con l'equiparazione sostanziale tra il *bonorum possessor* e l' *heres* .

In effetti è possibile che il pretore, sin dall'età classica, abbia proceduto all'estensione tramite *fictio* ' *si... heres esset* ' anche della *hereditatis petitio* , sebbene non si comprenda ancora come mai Gaio non ne abbia fatto espressa menzione nelle sue *Institutiones* . Per dare una risposta alla mancata menzione di tale azione da parte di Gaio, si potrebbe forse giungere ad ipotizzare che in età classica l' *hereditatis petitio* venisse di fatto estesa anche al *bonorum possessor* ; fermo restando che una tale denominazione tecnica l'azione possa averla acquisita in concomitanza con lo sviluppo di un concetto di *hereditas* diverso da quello delle origini. Dallo stesso giurista, infatti, apprendiamo che la *hereditas* in età classica era concepita dai Romani come una *res incorporalis* , intendendosi per tale una *res* di quelle ' *quae iure consistunt* ', dotata di una propria consistenza giuridica³⁸. Dal che si può dedurre che la *petitio hereditatis* , si configurava ai tempi di Gaio come un' *actio in rem* ³⁹. Ciò spiegherebbe come mai in 4. 34 il giurista preferisca

³⁸ Cfr. Gai. 2. 12: *Quaedam praetera res corporales sunt, quaedam incorporales* , dove si introduce la categoria delle *res corporales* e delle *res incorporales* , e Gai. 2. 14: *Incorporales quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est...* , ove si afferma che sono incorporali quelle cose che non si possono toccare perché ' *iure consistunt* ', tra le quali vi sono l'eredità, l'usufrutto e le obbligazioni, e che non ha rilievo il fatto che nell'eredità sono comprese anche cose corporali perché ciò che incorporale è lo stesso *ius successionis* . Come sottolineato da G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 113, infatti, non è plausibile quella tesi che, basandosi su alcune fonti giustinianee (I. 2. 2. 2 e D. 1. 8. 1. 1 Gai. 2 *Inst.*) vorrebbe dimostrare che nel codice veronese ci sarebbe un errore di omissione di *in* appena prima dell'espressione ' *iure consistunt* ' che tramuterebbe il testo così: *incorporales quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt* , modificando l'impostazione dell'intero discorso gaiano.

³⁹ Cfr. G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 114 s. e B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico* (Palermo 1949) p. 270 ss., il quale nel suo studio evidenzia come originariamente l' *hereditas* avesse una connotazione corporale. Essa, anche se all'epoca di Gaio essa era già stata concepita come *res incorporalis* , rimaneva ancora fortemente compenetrata del suo significato corporale; che verrà definitivamente abbandonato solo in seguito, dai giustiniane.

genericamente ricordare come al *bonorum possessor* venisse concessa la facoltà di agire *ficto se herede* adducendo gli esempi di un'*actio in rem* e di un'*actio in personam* modificate attraverso la *fictio*. La *petitio hereditatis*, infatti, essendo concepita come *actio in rem*, avrebbe potuto non soltanto essere idealmente contenuta nella generica espressione '*ficto se herede agit*', come vuole Quadrato, ma, addirittura, rientrare nell'esemplificazione data dal primo esempio addotto da Gaio, relativo all'esercizio di un'*actio in rem*.

È possibile immaginare, in sostanza, che solo a partire dal diritto giustiniano, quando le *res incorporales* furono considerate di fatto coincidenti con i diritti e, di conseguenza, anche la *hereditas* fu, per così dire, giuridicamente "concettualizzata", si avvertì l'esigenza di attribuirle un nome specifico.

È probabile che durante il corso evolutivo della *bonorum possessio*, il pretore avesse cominciato a concedere un'*hereditatis petitio* anche al *bonorum possessor* e che, solo successivamente, tale azione, da un lato, condusse - sotto il profilo sostanziale - alla definitiva equiparazione del *bonorum possessor* all'*heres* e, dall'altro, acquistò la denominazione di *hereditatis petitio possessoria*, che figura nelle fonti giustiniane e in particolare nella rubrica D. 5. 5.

I.4 L'*actio ficticia* concessa al *bonorum emptor* in Gai. 4. 35.

Può essere considerata un'ulteriore applicazione della *fictio* '*si... heres esset*' che veniva impiegata a favore e contro il *bonorum possessor*, quella contenuta nell'*actio Serviana* che dal *praetor* veniva concessa al *bonorum emptor*, ossia all'acquirente in blocco dei beni sottoposti a *bonorum venditio*; come si desume da:

Gai. 4. 35: *Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut, quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.*

Appare significativo in primo luogo il *'similiter'* che costituisce l'incipit del § 35, il quale sembra voler sottolineare come la finzione, in verità, fosse proprio la *fictio 'si... heres esset'*, anche se, in questo caso, veniva posta a tutela di un soggetto diverso o - per meglio dire - sebbene, in questa ipotesi, l'azione fittizia scaturisse da un'esigenza diversa⁴⁰. Infatti, mentre nel caso del § 34 la concessione dell'*actio ficticia* ad opera del pretore garantiva effettività alla *bonorum possessio* - che logicamente la precedeva⁴¹ - nell'ipotesi del passo 35, era la *bonorum venditio* a precedere la tutela accordata al *bonorum emptor* con l'*actio Serviana*.

A ben guardare si trattava in entrambi i casi di una successione universale nel patrimonio del dante causa poiché a seguito dell'*addictio* magistratuale il *bonorum emptor* subentrava in tutti i rapporti facenti capo al debitore; ed è da credere che, proprio per tale ragione, il giurista abbia scelto di affrontare il tema della *bonorum venditio* nel III libro, relativo alla *successio*:

Gai. 3. 77-78: *Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit. Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum veluti eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenderunt; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt veluti eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.*

Nel brano, dopo aver affermato che la *bonorum venditio* poteva riguardare sia i beni di un vivo, sia i beni di un defunto, Gaio elenca le ipotesi che potevano dare luogo a tale procedimento, tra le quali la più importante doveva certamente essere quella riguardante i beni di chi fosse stato *iudicatus* e non avesse pagato l'ammontare della condanna⁴². Dal che si può immaginare come la necessità di

⁴⁰ Ritiene invece che non emerga alcuna differenza tra la *fictio 'si... heres esset'* contemplata nel § 34 e quella presa in considerazione al § 35, F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae* cit., p. 99 nt. 1, il quale però, in questo modo, finisce per non dare rilevanza all'incipit del passo, nonché alla scelta del giurista di esaminare separatamente le due applicazioni della medesima *fictio*.

⁴¹ Come si evince con chiarezza da Gai. 4. 34: *...qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit.*

⁴² Non si può dubitare, quindi, che quella del *bonorum emptor* costituisse un'ipotesi di *successio inter vivos*, al pari di quella dell'*adrogatus* e della donna convenuta *in manum*, cfr. Gai. 2. 97 - 98: *Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res nobis acquirantur. Nam legatorum ius, quo et ipso singulas res nobis acquirimus, opportunius alio loco referemus.*

ricorrere alla *bonorum venditio* fosse piuttosto frequente nel contesto dell'*agere per formulas*.

Trattandosi, però, di una forma di *successio iure honorario*, il *bonorum emptor* non acquistava il *dominium ex iure Quiritium* dei *bona*, se non dopo che fosse trascorso il tempo necessario al maturare della *usucapio*⁴³. Neppure egli - così come il *bonorum possessor* - si veniva a trovare in una situazione identica a quella del successore *iure civili*, e ciò spiega la scelta di quel '*similiter*' con il quale si apre il § 35⁴⁴. Tale passo consente forse di cogliere qualche informazione in più circa l'epoca in cui è più probabile che siano state introdotte le *actiones con fictio* '*si... heres esset*', grazie al riferimento all'*actio Rutiliana* che sembra potesse essere concessa alternativamente all'*actio Serviana*.

Come si evince con chiarezza dalle parole di Gaio, si trattava di un'azione che consentiva di *agere alieno nomine* e, più precisamente, di una di quelle azioni cc.dd. con trasposizione di soggetti⁴⁵: il *bonorum emptor* faceva inserire nell'*intentio* il nome di colui che aveva subito la *bonorum venditio* e nella *condemnatio* il proprio nome, dimodoché il giudice pronunciava la condanna in suo favore. Se ci si basa su quanto affermato dal giurista, l'azione prendeva il nome dal pretore Publio Rutilio, che si dice abbia introdotto la *bonorum venditio*

Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur. 98. Si cui heredes facti sumus, sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.

⁴³ Cfr. Gai. 3. 80: *Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt.* Il *bonorum emptor*; inoltre, così come il *bonorum possessor*, non diveniva titolare dei rapporti obbligatori: cfr. Gai. 3. 81: *item quae debita sunt ei cuius fuerunt bona, aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet aut ipsis debentur, et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et agunt et conveniuntur, quas in sequenti commentario proponemus.*

⁴⁴ Lo stesso avverbio si riscontra anche in Gai. 4. 145: *Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdicum, quod quidam possessorium vocant;* ove il giurista rende noto che anche al *bonorum emptor* - così come al *bonorum possessor* (cfr. il precedente § 144) - spettava un interdetto che da taluni era chiamato possessorio. A proposito di tale interdetto sottolinea L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 52 che «data la sua natura di *interdictum adipiscendae possessionis*, esso poteva essere sperimentato solo per ottenere il possesso delle *res*, rientranti nella massa al momento della vendita, da parte dei possessori o di coloro che dolosamente avessero cessato di possedere, ma non anche nel caso di perdita del possesso già acquistato: in tale evenienza infatti il *bonorum emptor* avrebbe potuto disporre degli ordinari interdetti possessori e, forse, dell'*a. Publiciana*» come ritenuto generalmente dalla romanistica cui l'autore rinvia alla nt. 7.

⁴⁵ Cfr. Gai. 4. 86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.* Sulle azioni cc.dd. con trasposizione di soggetti vd. *infra*, § 4, cap. II.

(...*qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur*). Stando a tale informazione, l'*actio Rutiliana* risalirebbe ad un periodo coincidente o successivo a quello di introduzione della *bonorum venditio*.

Com'è noto, però, non è semplice ricostruire le origini di tale procedura. Secondo l'opinione che sembra prevalere la *bonorum venditio* non potrebbe essere attribuita all'opera di un solo pretore, perché – trattandosi un procedimento complesso – è più probabile che fosse l'esito di un lungo processo evolutivo al quale concorsero più pretori, sebbene una prima configurazione dell'istituto possa scorgersi in una *lex agraria* risalente al 111 a.C.⁴⁶. Di conseguenza risulta incerta anche l'identità del pretore Publio Rutilio cui fa riferimento Gaio e, mentre taluno ha avanzato l'ipotesi che si tratti di P. Rutilio Calvo che ricoprì la pretura nel 168 a.C.⁴⁷; altri, invece, ritengono più plausibile che sia P. Rutilio Rufo, console nell'anno 105 e pretore nel 118 a.C.⁴⁸.

⁴⁶Cfr. la *lex agraria* (Boebia?) l. 56: *...utei curator eius profiteatur, item ut[e]i...ex e]o edicto, utei is, quei ab bonorum emptore magistro curato[re]ve emerit...* che presenta alcuni termini tecnici, quali *emptor*, *magister* e *curator bonorum*; nonché le teorie di O. CARRELLI, *Per un'ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in *SDHI*, 1938, 4, p. 435 ss.; ID. *Ancora sull'origine della bonorum venditio* (Roma 1944) p. 302 e 311 ss.; G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in *Iura*, 1953, IV, p. 210 ss.; L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 57 ss. e 66, il quale afferma «dopo una prima fase in cui l'istituto ebbe rilevanza meramente possessoria» ne è seguita un'altra «implicante, attraverso il collegamento con l'idea di una *possessio* relativa all'intera situazione patrimoniale del debitore esecutato, il ricorso alle azioni utili», da collocare nell'epoca del principato e, più precisamente, al tempo di Labeone; V. GIUFFRÉ, *La substantia debitoris tra corpus e bona*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 7-10 giugno 1992* (Napoli 1994) p. 278 ss., che osserva come dapprima operasse una *missio in bona* a fronte di quel caso che «per primo dovette sollecitare l'attenzione del mondo dei *veteres iuris prudentes*» intorno alla fine del III secolo e gli inizi del II secolo a.C., ossia quello del «*paterfamilias* morto (e poi anche *capite minutus*) "*cui heres non extabit*", ed il cui patrimonio non fosse reclamato dallo Stato». Successivamente «siffatto regolamento dei debiti funse da 'modello' per l'esecuzione, a carico dei viventi, mediante *bonorum venditio* soltanto nel senso che lasciava intendere come un soggetto, che divenisse titolare dei beni da aggredire, potesse utilmente procedere alla soddisfazione *pro quota* dei vari creditori»; e A. MANZO, «*Magnum munus de iure respondendi substinebat*». *Studi su Publio Rutilio Rufo* (Milano 2016) p. 69 ss. e 75, la quale parimenti ritiene che la *bonorum venditio* sia frutto di «un lungo percorso evolutivo che aveva conosciuto tappe intermedie. Quest'ultime intese come forme di esecuzione patrimoniale non perfette» andrebbero «ricercate nella disciplina dell'eredità giacente».

⁴⁷ Cfr. H. DERNBURG, *Über dei emptio bonorum* (Heidelberg 1850) p. 23 ss.

⁴⁸ Cfr. tra tutti G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'* cit., p. 213; G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare* (Camerino 1982) p. 117 nt. 224; e A. MANZO, «*Magnum munus de iure respondendi substinebat*» cit., p. 75. Diversamente L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 66 non ritiene affidabili i tentativi di identificare il pretore Publio Rutilio con P. Rutilio Calvo oppure con P. Rutilio Rufo e preferisce collocare la genesi dell'*actio Rutiliana* nel periodo del principato.

Invero una maggior attendibilità presenta la ricostruzione storica di chi fosse colui il quale introdusse l'*actio Serviana*, poiché viene generalmente attribuita al Servio Sulpicio Rufo che visse all'epoca di Cicerone⁴⁹. Anche se si potrebbe obiettare affermando, da un lato, che solitamente la formula prendeva il nome del magistrato che la approntò per la prima volta e che Servio non ricoprì mai né la pretura urbana né quella peregrina e, dall'altro, che l'appellativo dell'azione solitamente traeva spunto dal *nomen* di colui che l'aveva creata e non dal *praenomen*⁵⁰. A tali obiezioni, tuttavia, ha replicato in modo soddisfacente Giuffré, il quale ha messo in luce come la «peculiarità del 'personaggio' Servio» potesse giustificare in questo caso il mutamento di una prassi consolidata⁵¹.

Sulla base di queste scarse testimonianze, la romanistica ritiene più plausibile che l'*actio Rutiliana* fosse anteriore a quella *Serviana*, perché il concetto di *successio* presuppone l'affermarsi della *bonorum venditio*⁵². Se si segue tale ragionamento, però, viene da chiedersi come mai, una volta che venne creata la formula dell'*actio Serviana*, l'*actio Rutiliana* non cadde in disuso ma rimase in vita sino ai tempi di Gaio. A tale interrogativo si tenta di dare una risposta affermando che l'azione ideata da Servio veniva posta a presidio dei casi in cui il debitore fosse deceduto, mentre la *Rutiliana* era riservata alle più frequenti ipotesi in cui il debitore fosse vivo⁵³.

⁴⁹ Cfr. tra tutti M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre lo verdaderos limites de la ficcion en derecho romano* cit., p. 318 e V. COLACINO, «*Fictio iuris*» cit., p. 270.

⁵⁰ Come ritiene L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 64 s.

⁵¹ V. GIUFFRÉ, *La substantia debitoris tra corpus e bona* cit., p. 292 s.

⁵² Cfr. tra tutti E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 290 s., il quale ritiene che sia più probabile che sia stata l'*actio Rutiliana* a precedere l'*actio Serviana* e osserva che «nella *fictio heredis* della *bonorum possessio* la supposizione è direttamente finalizzata a consentire una successione in capo ai soggetti interessati, mentre nella *fictio* dell'*actio Serviana* la supposizione che il *bonorum emptor* sia l'erede del fallito soccorre ad esigenze più squisitamente commerciali e ciò, a mio avviso, consente di rilevare in quest'ultimo caso, pur nel ricorso alla medesima supposizione, un grado di strumentalità ancor maggiore»; V. GIUFFRÉ, *La substantia debitoris tra corpus e bona* cit., p. 292; e A. MANZO, «*Magnum munus de iure respondendi substinebat*» cit., p. 82, che aggiunge «il fatto che, nella redazione giuliana dell'Editto, le clausole relative alla formula *Rutiliana* precedano quelle che si riferiscono alla formula *Serviana*, credo contribuisca a suffragare tale ipotesi».

⁵³ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 54 nt. 11 e l'ampia bibliografia ivi indicata, il quale sottolinea la «impossibilità tecnica di far comparire nell'*intentio* della formula rutiliana il nome di un morto come titolare del rapporto dedotto in giudizio, e... la difficoltà a concepire la duplice finzione della morte del debitore e della qualità di erede nell'acquirente dei suoi beni».

Quest'ultima doveva rappresentare certamente l'ipotesi in cui più frequentemente si faceva ricorso all'azione c.d. con trasposizione di soggetti, perché è plausibile che nella prassi si verificasse più spesso il caso in cui il debitore fosse vivo. Eppure dal § 35 sembra desumersi che solamente in poche occasioni si agisse con l'*actio Rutiliana* e che, quindi, l'azione maggiormente impiegata fosse la *Serviana* (...*sed interdum et alio modo agere solet*)⁵⁴. Il dato testuale, infatti, a ben guardare, indurrebbe l'interprete ad escludere che la differenza tra l'una e l'altra azione potesse attenersi al fatto che venisse esperita dall'acquirente dei beni di un debitore vivo o di uno deceduto. D'altra parte ammettere che l'*actio* con *fictio* '*si... heres esset*' venisse applicata anche nel caso in cui il *bonorum emptor* avesse acquistato beni di un debitore vivo, non stupirebbe se si riflette sul modo in cui venivano trattati i debitori sino all'epoca repubblicana, i quali venivano considerati quasi come fossero dei "morti civili".

Se questa interpretazione risulta probabile, è vero anche che non si può negare credibilità alla teoria di Giuffré, il quale ritiene che l'*actio Serviana* - una volta escogitata per la *bonorum venditio* nei confronti del morto - venne resa applicabile pure all'esecuzione patrimoniale nei confronti di un debitore vivo, cosicché l'*actio Rutiliana* divenne applicabile in tutte quelle ipotesi in cui non avrebbe potuto trovare applicazione la prima azione: come, ad esempio, per far recuperare alcuni *iura in re aliena*, tra i quali l'usufrutto, che era un diritto legato alla personalità dell'usufruttuario, e per far conseguire il legato di alimenti; nonché in tutti quei casi in cui l'azione non poteva essere esercitata da o contro l'erede, contemplati dallo stesso Gaio in 4. 112⁵⁵.

La teoria dell'autore appare convincente proprio perché consentirebbe di superare il limite di quell'*interdum* che, a ben guardare, è la principale argomentazione a favore dell'indifferente applicazione delle due azioni a tutela

⁵⁴ Il dato esegetico ha spinto S. SOLAZZI, *Di qualche fastidioso «interdum»*, in *Scritti di diritto romano* (Napoli 1972) VI, p. 661, addirittura a dubitare che il § 35 sia di «buona forma gaiana».

⁵⁵ Cfr. Gai. 4. 112: *Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredi actoris huius modi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio*; e V. GIUFFRÉ, *La substantia debitoris tra corpus e bona* cit., p. 294 s.

dell'acquirente in blocco dei *bona* di un debitore deceduto oppure di un debitore vivo.

I.5 La *fictio 'si... anno possedisset'* dell' *actio Publiciana* in Gai. 4. 36.

La successiva finzione che è affrontata dal giurista nel libro quarto al § 36 è quella che si trovava nell' *intentio* dell' *actio Publiciana*, come si deduce da:

Gai. 4. 36: *Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. 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 Quiritium 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 Quiritium esse oporteret et reliqua.*

La formula era un adattamento di quella propria della *reivindicatio* di *ius civile* poiché era basata sulla *fictio 'si... anno possedisset'*; e veniva concessa dal pretore al fine di tutelare chi avesse ricevuto in base ad una *iusta causa*, tramite sola *traditio*, una *res* e ne avesse perduto il possesso prima che fosse trascorso il tempo necessario al maturare della *usucapio*. La sua introduzione nell'editto si fa risalire all'operato di un certo pretore Publicio che viene generalmente identificato con il Quinto Publicio ricordato da Cicerone, il quale, con molta probabilità, ricoprì la pretura nel 67 a.C.⁵⁶.

⁵⁶ Cfr. Cic. *Pro Cluent.* 45. 126: *Cum defendissem apud M. Iunium Q. Publicium praetores...* e, per la data in cui Publicio fu pretore, i manuali di M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 459 nt. 112 e G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 313. In passato, però, non è mancato chi abbia dubitato che fosse davvero questa la data di introduzione dell'azione: cfr. E. CARUSI, *L'azione Publiciana* (Roma 1889) p. 83 s., il quale afferma che il pretore Publicio «per averlo Cicerone menzionato... era pretore peregrino; ed ora non è presumibile che un'azione, la quale si introdusse in virtù della finzione di una compiuta *usucapio*, si creasse dal pretore che aveva giurisdizione sui *peregrini*, i quali non potevano *usucapire*» infatti sarebbe stato «strano che il pretore peregrino si fosse indotto a creare una difesa, che non era mai accessibile ai suoi amministrati»; e L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 69 s., che sottolinea come «anche per l' *a. Publiciana* non vi sono elementi per stabilire con sicurezza l'origine e l'epoca della sua introduzione, ne è possibile identificare, nella lista dei magistrati a noi noti, il pretore che le dette il nome. In generale la si assegna alla fine della Repubblica, talora esplicitamente attribuendola al Publicio, pretore nel 67 a.C., ricordato da Cicerone, ma nelle fonti non si rinviene alcun indizio sicuro per una tale datazione». *Contra* le riflessioni di E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 295 nt. 279, il quale, da un lato, ricorda l'opinione di T. GIMMERTAL, *Die publicianische Klage und die Mancipation* (Bremen 1881) p. 62, secondo cui la tutela poteva essere stata introdotta dal pretore

La previsione di tale azione nell'editto si ritiene che fosse a quel tempo giustificata dalla diffusione dell'*emptio-venditio* e dalla necessità di tutelare l'acquirente di una *res Mancipi* di cui fosse stata fatta la mera *traditio* (non accompagnata cioè dalla *mancipatio* o dalla *in iure cessio*); questi, infatti, qualora avesse perduto il possesso della *res*, non avrebbe potuto agire in giudizio affermando nell'*intentio* che quella cosa era sua *ex iure Quiritium*, se non era ancora trascorso il tempo necessario al maturare della *usucapio*⁵⁷. Per sopperire alla carenza di un'adeguata tutela a fronte di queste ipotesi, il pretore concedeva l'*actio Publiciana* che differiva dalla *reivindicatio* di *ius civile* per il solo fatto di contenere la *fictio*.

Quest'ultima, ad un primo sguardo, sembra che riguardasse l'*usucapio*⁵⁸; e tale interpretazione del § 36 ha suscitato la critica di Cannata, il quale sottolinea che «non si fingeva l'usucapione, come invece dice Gai. 4, 36: "*fingitur rem usucepisse*". L'errore di Gaio è grave: fingere l'usucapione significherebbe fingere la proprietà, e cioè l'intera *causa petendi*» con la conseguenza che l'azione verrebbe data inutilmente dal momento che il pretore avrebbe già deciso che fosse l'attore a dover vincere la lite⁵⁹. È stato però sottolineato da Talamanca che «Gaio si è servito di un'ellissi» poiché, in verità, si fingeva che fosse trascorso il tempo necessario al maturare dell'usucapione⁶⁰, come si desume sia dallo stesso § 36 (che

peregrino ma al solo scopo di tutelare i *cives* romani che erano entrati in rapporti d'affari con gli stranieri e, dall'altro, osserva che «i dotti rilievi con i quali il Di Lella nega la riferibilità dell'azione al pretore indicato da Cicerone... pur avendo il pregio di rammentare che le attribuzioni stesse non hanno carattere di piena certezza, sono, forse in parte, motivate dalla convinzione che solo in epoca augustea queste azioni ebbero la forma, la struttura e l'utilità ad esse riconosciute dalla scienza romanistica. Il che, beninteso, ha certo, grazie anche allo studio dell'Autore, una sua parte di validità, ma non toglie che, già ben prima di Augusto, le stesse azioni esistessero, sia pure in forma strutturalmente più essenziale».

⁵⁷ Che, com'è noto, era di un anno nel caso di beni mobili e di due anni nell'ipotesi di beni immobili, cfr. Gai. 2. 42: *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est*.

⁵⁸ Come sostenuto da U. ROBBE, *La «hereditas iacet» e il significato della «hereditas» in diritto romano* (Milano 1975) p. 167, il quale afferma: «si finge una usucapione in quell'azione che viene detta *Publiciana*».

⁵⁹ Cfr. C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* cit., II, p. 86 nt. 6.

⁶⁰ Cfr. M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure delle leggi Giulie ed Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano del III Premio romanistico "G. Boulevert" Copanello 5-8 giugno 1996* (Napoli 1996) p. 111 nt. 194.

rendendo nota l'*intentio* formulare, contiene un riferimento esplicito al contenuto della *fictio* 'si... anno possedisset') sia dalle Istituzioni giustinianee⁶¹:

I. 4. 6. 4: *Namque si cui ex iusta causa res aliena tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.*

Nel brano infatti si afferma che chi perde accidentalmente il possesso di una *res* di cui gli sia stata fatta la sola *traditio*, se non l'ha già acquistata per usucapione, può agire in giudizio per recuperarne il possesso fingendo che sia trascorso il tempo necessario al maturare della *usucapio*; dal che si può concludere che fosse questo il contenuto della *fictio*.

Bianchi, tuttavia, ha proposto un'interpretazione parzialmente diversa in quanto - intendendo dimostrare che ogni finzione aveva come contenuto la falsa supposizione di un elemento di fatto - ha evidenziato come la *fictio* consistesse, in questo caso, nel retrocedere idealmente il momento della *traditio*⁶². In verità, però, dalle fonti non sembra che si possa desumere che la finzione consisteva nella retrodatazione dell'atto giuridico della *traditio* e, inoltre, a ben guardare, il procedimento logico seguito dal pretore per adattare la formula della *reivindicatio* al possessore risulta molto più semplice e di immediata percezione se si ammette che consisteva nel considerare maturato l'usucapione.

È evidente, infatti, che ciò che ha condotto il pretore all'introduzione dell'*actio Publiciana* è stato l'aver attuato una logica equiparazione tra l'acquirente *ex iusta causa* tramite *traditio* di *res Mancipi* e il *dominus ex iure*

⁶¹ Come posto in evidenza da F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 35 s., che intende avallare la tesi di Talamanca.

⁶² Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 300 nt. 291, ove afferma «fingere il decorso del tempo equivale a considerare falsamente anticipato il momento della *traditio* del periodo rispettivamente occorrente al compimento dell'anno o del biennio e di conseguenza a considerare anticipato al momento della concessione dell'azione anche il successivo termine dell'acquisto per usucapione. A rigore la *fictio* del *tempus usucapionis* equivale ad una retrodatazione, variabile a seconda del caso concretamente considerato, del 'fatto' dell'immissione nel possesso».

Quiritium; equiparazione che, dopo essere avvenuta a livello puramente logico, al momento della predisposizione della formula contenente la *fictio* ‘*si... anno possedisset*’, è diventata effettiva sul piano giuridico attraverso la concessione sistematica di tale azione. Conseguentemente chi veniva convenuto in giudizio con l’*actio Publiciana*, si trovava costretto a restituire la cosa o a pagare una somma corrispondente al valore della cosa che, com’è noto, veniva dichiarato dall’attore, sia pure sotto giuramento⁶³.

Invero l’ipotesi contemplata da Gaio in 4. 36, di acquisto *ex iusta causa* tramite semplice *traditio* di *res Mancipi*, non era la sola a fronte della quale veniva concessa l’*actio Publiciana*⁶⁴, in quanto le fonti giustinianee testimoniano come

⁶³ Secondo L. DI LELLA, *formulae ficticiae* cit., p. 82 s. il pretore non ebbe necessità di introdurre l’*actio Publiciana* prima della riforma giudiziaria di Augusto perché, per il periodo antecedente, l’*emptor* che avesse perduto il possesso di una *res Mancipi* che gli fosse stata semplicemente *tradita*, avrebbe potuto recuperarlo attraverso gli interdetti possessori. Tuttavia, si è già avuto modo di sottolineare (vd. § 1 di questo cap.) come la tutela interdittale, per natura e caratteristiche, risultasse complementare e non, invece, sostitutiva di quella giudiziaria. Pertanto, tale argomentazione non può apparire pienamente convincente.

⁶⁴ Sebbene è ad essa che tradizionalmente si ricollega l’affermarsi – nel I sec. a.C. - di quella situazione peculiare dell’ordinamento giuridico romano che venne da Gaio definita ‘*duplex dominium*’, cfr. Gai. 2. 40: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere*; e Gai. 1. 54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi sumul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur*. Sul punto basti cfr. G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 312 s., il quale, ricollegando l’origine dell’*in bonis habere* alla stabile concessione dell’*actio Publiciana*, espone in sintesi l’opinione maggiormente seguita dalla romanistica. *Contra*, però, L. VACCA, *Possesso e tempo nell’acquisto della proprietà. Saggi romanistici* (Padova 2012) p. 97 ss. e in particolare p. 111, la quale segue un orientamento differente sostenendo che per i giuristi romani in verità la concezione dell’appartenenza è univoca e che l’introduzione dell’*actio Publiciana* non ebbe quale effetto quello di creare uno sdoppiamento della proprietà, ma solo quello di rispondere alle esigenze derivanti dall’affermarsi della compravendita consensuale. Con l’*actio Publiciana* i giuristi giunsero, infatti, ad avvicinare gli effetti della compravendita consensuale obbligatoria agli effetti dell’atto di trasferimento reale della *mancipatio*, nel senso che l’azione «non è volta a tutelare il possesso derivante dalla *traditio* di per sé, nel suo aspetto materiale e apparente di consegna della cosa, né è volta a tutelare in assoluto e in ogni caso la buona fede di colui che acquista il possesso mediante la *traditio*: l’azione è volta a garantire il realizzarsi in concreto della *causa acquirendi* attuata mediante la *traditio* stessa». La questione in verità risulta particolarmente controversa perché involve la configurabilità o meno di un concetto tecnico di ‘*in bonis habere*’ e dunque l’esistenza nel diritto romano di una sola proprietà, unitariamente concepita, o di più proprietà. Sull’evoluzione del concetto di proprietà, cfr. M. MICELI, *Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà*, in *Studi in onore di Antonino Metro* (Milano 2010) IV, p. 248 ss., e, più nello specifico, sulla proprietà pretoria cfr. N. NARDOZZA, ‘*In bonis esse*’ e ‘*nudum ius Quiritium*’, in *TSDP*, 2013, VI, p. 2 ss.

l'azione fittizia fosse posta a tutela anche degli acquirenti in buona fede di *res* acquistate *a non domino*⁶⁵; anzi, fu proprio questa l'applicazione che sopravvisse una volta venuta meno la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*⁶⁶.

Pertanto in entrambi i casi divenne possibile per l'acquirente agire in giudizio al fine di recuperare il possesso della *res*, senza che fosse necessario offrire la prova di essere il *dominus ex iure Quiritium*, essendo infatti sufficiente dimostrare di essere in possesso dei requisiti necessari all'acquisto della proprietà per usucapione, ossia della *iusta causa* e della *bona fides*⁶⁷.

I.6 La *fictio* 'si civis Romanus esset' in Gai. 4. 37.

La trattazione gaiana delle *fictiones* prosegue al § 37, in cui il giurista spiega ai suoi studenti l'operare della *fictio* 'si civis Romanus esset':

Gai. 4. 37: *Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cu meo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi, veluti si furti agat peregrinus aut cu meo agatur. ((Nam si cum peregrino agatur)) formula ita concipitur: iudex esto, si paret ((L. Titio ope)) consolvit Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset, pro fure damnare oporteret et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege*

⁶⁵ D'altronde la *usucapio* operava in ambedue i casi, cfr. Gai. 2. 41: *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipaverit neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa esset*; e Gai. 2. 43: *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse*.

⁶⁶ Cfr. il titolo II del libro VI dei *Digesta* e in particolare: D. 6. 2. 17. (Ner. 3 membr.): *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 is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat*, nel quale viene data rilevanza alla *bona fides* dell'acquirente e si afferma che la funzione dell'*actio Publiciana* non è quella di consentire che si recuperi il possesso dal *dominus ex iure Quiritium* perché questi riceve tutela sulla base dell'*aequitas* in virtù dell'*exceptio* 'si ea res possessoris non sit' (sulla quale vd. *infra* § 6 del cap. II); nonché il contenuto dell'editto riportato da Ulpiano in D. 6. 2. 1. 1 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Ait praetor: «Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo»*.

⁶⁷ Ai quali sin da epoca remota andava ad aggiungersi il presupposto che le *res* non fossero *furtivae* o *vi possessae*, cfr. Gai. 2. 45: *Sed liquando, etiamsi maxime quis bona fide aliam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat: nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia*.

Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cu meo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur.

Nel brano viene descritta la *fictio* per mezzo della quale si otteneva che un *peregrinus* agisse o fosse convenuto in giudizio con un'azione che traeva fondamento dal *ius civile* ('*nostris legibus actio constituta est*') e che - solo se lo si riteneva giusto ('*si modo iustum sit*') - veniva estesa allo straniero ('*eam actionem etiam ad peregrinum*').

Tale azione, se ci si basa esclusivamente sulla fonte gaiana – che tra l'altro sembra essere l'unica ad offrire una così precisa testimonianza – poteva essere, ad esempio ('*veluti*'), l'*actio furti nec manifesti*, oppure l'*actio legis Aquiliae*⁶⁸; entrambe le azioni, attraverso l'introduzione nell'*intentio* formulare della finzione che il *peregrinus* fosse un *civis Romanus*, divenivano esperibili da o contro lo straniero⁶⁹, come sembra voler rimarcare l'uso del nome greco *Dio Hermaei* per indicare colui nei confronti del quale si agisce.

La finzione appare, dunque, di immediata percezione, in quanto, attraverso la falsa supposizione del possesso della cittadinanza da parte del *peregrinus*, dava luogo ad una equiparazione di questi al *civis Romanus*.

Tuttavia, Bianchi, il quale – come si è già avuto modo di ricordare⁷⁰ - nella sua ricerca intende dimostrare come la finzione avesse sempre ad oggetto un presupposto di fatto, sembra voler ipotizzare che la *fictio civitatis* di cui parla Gaio

⁶⁸ Cfr. P. SCIUTO, *Gai. 4. 37: alcune riflessioni in tema di fictio civitatis*, in *IURA*, 2017, LXV, p. 435, la quale sottolinea come l'esempio dell'*actio furti*, addotto da Gaio, sia specificatamente riconducibile alla fattispecie del *furtum nec manifestum*; e F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 38 nt. 130, che ricorda come Gai. 4. 37 sia una delle poche fonti a nostra disposizione che risulta essenziale alla ricostruzione della *formula* dell'*actio furti nec manifesti*. Invero, però, non sono mancati tentativi di individuare anche altre azioni che potevano essere estese ai *peregrini* per mezzo della *fictio*, sulle quali cfr. M. KASER, *Ius gentium* (Köln – Weimae – Wien 1993), p. 128 s.

⁶⁹ Si trattava in ambedue i casi di *actiones poenales* esperibili a fronte di *delicta* contemplati da *leges*: infatti, il *furtum nec manifestum* era presente nell'ordinamento giuridico romano sin dalle XII tavole ed era tutelato con la *legis actio per manus iniunctionem*; mentre, il *damnum iniuria datum* fu introdotto dal provvedimento noto come *lex Aquilia* (che, in verità, dovette essere un *plebiscitum*), approvato in data incerta ma con ampia probabilità dopo la *lex Hortensia* del 287 o 286 a.C., che, com'è noto, equiparò le *leges* ai *plebis scita*: cfr. G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 400 s. Cfr. anche E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 322, il quale dagli esempi addotti da Gaio in 4. 37 desume, come regola generale, che tutte le azioni di origine legislativa avrebbero potuto essere estese ai *peregrini*.

⁷⁰ Vd. *supra* § 5 di questo stesso cap.

in 4. 37, implichi un procedimento logico sostanzialmente uguale a quello che si può dedurre da una finzione della *lex Salpensana*⁷¹. Tale legge - che risale ad un periodo compreso tra l'81 e l'84 d.C.⁷² - nel *caput XXII* alle ll. 10-11, conterrebbe, secondo l'autore, una finzione di cittadinanza⁷³, consistente nella falsa supposizione che il soggetto sia stato generato (*ortus*) da un cittadino romano (*a cive Romano*), come si apprende dalla frase: '*...si a cive Romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset*'⁷⁴.

Invero, non risulta che la *fictione* '*si civis Romanus esset*' della trattazione gaiana, presupponga un tale ragionamento logico da parte del pretore, e che possa farsi coincidere con il mutamento di una situazione di fatto, quale potrebbe essere la falsa supposizione di essere nato da un *civis Romanus*⁷⁵; sembra, piuttosto, che la *fictione* '*si civis Romanus esset*' sia il frutto di un procedimento logico più semplice, che consista nella mera supposizione di uno *status* giuridico: la cittadinanza romana⁷⁶.

⁷¹ L'autore non lo dice espressamente ma lo si deduce dalle sue affermazioni: cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 322 s.

⁷² Cfr. A. D'ORS, *Epigrafia jurídica de la España romana* (Madrid 1953) p. 284.

⁷³ Viene così descritta da E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 323 nt. 355.

⁷⁴ Sulla *lex Salpensana*, cfr. A. D'ORS, *Epigrafia jurídica de la España romana* cit., p. 286, il quale, affrontando la questione giuridica dell'uso nella fonte sia del genere maschile sia di quello femminile, ritiene che si tratti di una *fictione civitatis* disposta in funzione dell'*optio tutoris*, che era nell'interesse delle sole vedove *in manu*; M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano* cit., p. 328 s.; e F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 33 s. Più in generale, sulle finzioni contenute in *leges* o scaturenti per via interpretativa dalle stesse, vd. *infra* cap. III.

⁷⁵ Come sembra credere E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 324 s., che afferma: «costituirebbe solo un'azzardata congettura assumere che, allorché venne introdotto nel procedimento formulare lo schema della *fictione civitatis*, questo si attuasse mediante una siffatta supposizione fattuale (...) l'inciso '*si civis esset*' - in quanto 'strumentale', dato che vale ad equiparare sul solo piano processuale il *peregrinus* al *civis*, e stante la 'specificità' della *fictione* (che si rileva nel fatto che questa può essere impiegata solo per le azioni di origine legislativa, restando esclusa in rapporti ove l'esser cittadino costituiva condizione indispensabile per la realizzazione di attività negoziali - doveva apparire un'alterazione più fattuale che giuridica».

⁷⁶ In senso analogo si esprime P. SCIUTO, *Gai. 4. 37: alcune riflessioni in tema di fictione civitatis* cit., p. 441 s., la quale sottolinea che la *fictione* della *lex Salpensana* «presenta delle differenze rispetto alla fattispecie di Gai. 4. 37: nell'ipotesi prospettata nel testo gaiano la presenza della cittadinanza romana (e, quindi, il possesso della qualità di *civis*) costituisce ciò in cui si sostanzia la finzione, a sua volta presupposto per l'applicazione della legislazione romana: la *fictione* si 'materializza' nella qualità di cittadino romano, si identifica nello *status* della persona e, in questo senso, realizza un'alterazione giuridica, seppure, nella realtà, il *peregrinus* rimanga tale (*civitas Romana peregrino fingitur... si civis Romanus esset*); nel caso della *lex Salpensana*, invece, la finzione si concretizza nel fatto della procreazione, che rappresenta l'evento, non verificatosi nella

A conferma di tale interpretazione, basti pensare che la *lex Salpensana* è di gran lunga posteriore alla data in cui è più plausibile che sia stata introdotta la *fictio civitatis* contemplata dalla fonte gaiana; il che induce ad escludere che possa esservi stato qualsiasi legame o somiglianza tra le due finzioni.

Infatti, nonostante la *fictio 'si civis Romanus esset'* in Gai. 4. 37, sia una delle ultime che vengono affrontate dal giurista (l'ultima è infatti presa in considerazione nel § 38 ss.), è altamente probabile che sia anche una delle più risalenti nel tempo. Ciò induce l'interprete ad escludere senz'altro che il criterio seguito nel descrivere le varie *fictiones* dei §§ 34 ss. sia quello cronologico; come può facilmente dedursi da quella che sembra sia stata la funzione di tale *fictio*: fronteggiare l'espansione romana e la crescente insorgenza di liti tra *cives Romani* e *peregrini*. È difatti plausibile che tale finzione risalga ad un periodo antecedente al 242 a.C., data in cui venne creato un secondo pretore, che poi prese il nome di *praetor peregrinus*, in quanto, sino ad allora, l'unico pretore esistente esercitava già la *iurisdictio* per la risoluzione delle controversie *inter cives et peregrinos*⁷⁷.

Tra coloro che ritengono che la *fictio 'si civis Romanus esset'* risalga ad un periodo storico così risalente⁷⁸, vi è chi ha sostenuto che la finzione avesse lo

realtà, che si suppone si sia verificato, affinché, sulla base di questo presupposto, si riconosca la sussistenza della cittadinanza romana, che è venuta a mancare (*si a cive Romano ortus orta neq(ue) civitate mutatus mutata esset*)».

⁷⁷ Cfr. la testimonianza contenuta in D. 1. 2. 2. 28 (Pomp. *l. sing. enchir.*): *Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*; e l'esegesi di G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo praetor alla autonomizzazione della iurisdictio peregrina*, in *BIDR*, 2017, CVI, p. 8 s., il quale afferma che il giurista «rilevato come non apparisse sufficiente quel primo pretore (*non sufficiente eo praetore*), non dice che fu creato il *praetor peregrinus*, bensì che fu creato un altro *praetor* (*creatus est et alius praetor*), in riferimento al quale, e alla cui denominazione, fa un discorso articolato, spiegando perché si era arrivati alla creazione di quest'altro *praetor*. La spinta determinante era venuta dall'afflusso a Roma di una molteplice quantità di persone, di una *multa turba etiam peregrinorum*, quindi non solo di peregrini, ma anche di romani: dunque, dal problema più generale dell'aumento delle liti, al quale aveva contribuito 'anche' l'afflusso di peregrini. Ma con l'andar del tempo fu del crescente numero delle controversie con litiganti peregrini che venne prevalentemente ad occuparsi il secondo *praetor* giurisdicente; e dato che ormai *ius dicebat* 'per lo più' (*plerumque*) quando c'erano litiganti peregrini, finì con l'essere *appellatus* (*chiamato, denominato*) *praetor peregrinus*: *peregrinus appellatus est, ab eo quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*» e evidenza come dalla fonte si desume un ulteriore dato: «le controversie con litiganti *peregrini* risalivano a prima del 242 e di esse si era occupato, nell'esercizio della sua funzione di *iurisdictio*, il primo (l'unico allora esistente) *praetor*».

⁷⁸ Cfr. tra tutti G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana. La genesi del processo formulare* (Bologna 1948) III, p. 132 ss.; ID. «*Giurisdizione*» in *ED* (Milano 1971) p. 193; e F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 39.

scopo di rendere accessibile ai peregrini il processo *per legis actiones* e, in particolare, che servisse ad adattare - entro schemi processuali fondati sull'*imperium* magistratuale - la *legis actio sacramento in personam* (prevista per il *damnum iniuria datum*) e la *legis actio per manus iniunctionem* (predisposta a tutela del *furtum*) a coloro che *cives* non fossero stati e che, perciò, non avrebbero potuto *lege agere*; questo al fine di imporre al giudice di considerare il rapporto controverso «alla stessa stregua di un rapporto intercorrente tra cittadini romani»⁷⁹.

Tale ricostruzione storica è stata, però, oggetto di critiche da parte di chi crede che la *fictio civitatis* risponda ad una necessità diversa, che potrebbe dirsi di 'natura sostanziale'⁸⁰, avvertitasi soltanto dopo l'istituzione della *iurisdictio* del *praetor peregrinus*, e consistente nell'estendere ai *peregrini* quantomeno alcune delle norme del *ius civile* che, altrimenti, sarebbero rimaste loro precluse⁸¹.

L'ipotesi potrebbe anche apparire convincente, se si pensasse a come la tutela processuale fosse collegata al diritto sostanziale, dimodoché l'estensione della prima, per mezzo della *fictio 'si civis Romanus esset'*, si traduceva inevitabilmente nell'applicazione allo straniero di un diritto sostanziale diverso da quello proprio⁸². Quello che però non risulta plausibile, è perché mai i Romani avrebbero dovuto attendere l'istituzionalizzazione della figura del *praetor peregrinus* per essere tutelati contro gli stranieri (con i quali erano già da tempo entrati in contatto) a fronte della commissione dei *delicta* di *furtum* o di *damnum iniuria datum*⁸³. È, in

⁷⁹ Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1967) p. 123 s. L'autore (così come coloro che sono indicati nella nt. 3 di questo stesso paragrafo) ritiene che l'esigenza che condusse all'introduzione della *fictio civitatis* sia di 'natura processuale' (così la definisce E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 307): estendere agli stranieri la tutela processuale riconosciuta ai romani. Se si segue tale interpretazione, la questione della data di introduzione e della funzione della *fictio civitatis* si intreccia con le origini dello stesso *agere per formulas*, per le quali cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare* (Milano 1963) I, p. 23 ss. Sul punto, però, cfr. anche il più recente studio di L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze* (Milano 2002) p. 445 s.

⁸⁰ Per l'uso di tale espressione cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 307.

⁸¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, p. 43, il quale segue la teoria di F. SERRAO, *La «iurisdictio» del pretore peregrino* (Milano 1954) p. 46.

⁸² Il che è stato posto in luce anche da F. BONIFACIO, Rec. a F. SERRAO, *La «iurisdictio» del pretore peregrino* (Milano 1954), in *IURA*, 1955, VI, p. 241 s.

⁸³ Come ha efficacemente evidenziato R. MARTINI, *Sull'espedito processuale della fictio civitatis*, in *Studi per Giovanni Nicosia* (Milano 2007), p. 229, il quale ricorda come una delle argomentazioni addotte da Serrao a sostegno della propria tesi, si basasse sul presupposto che sarebbe stato inconcepibile che i romani avessero sentito il bisogno di pensare prima al danno

conclusione, più probabile che l'esigenza di tutelare i *cives* si fosse avvertita già prima del 242 a.C., dinanzi all'unico pretore allora esistente.

Scegliendo di adottare tale interpretazione, ciò che ci si chiede, semmai, è perché Gaio parli delle *formulae* modificate con *fictio* '*si civis Romanus esset*' in un'epoca storica di gran lunga successiva a quella in cui si assistette all'istituzionalizzazione della *iurisdictio* del *praetor peregrinus*. È questa la provocazione lanciata da Di Lella nel tentativo di confutare la tesi di coloro che ricollegano le origini della *fictio civitatis* all'operato del primo pretore giurisdicente⁸⁴. A questo interrogativo si è tentato di dare una risposta proprio a partire dalla teoria dell'autore, il quale ritiene che la *fictio civitatis* sarebbe «da ricollegare alla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, la quale, nell'abolire le *legis actiones*, regolò il procedimento e rese *legitima* tutti i *iudicia* aventi i requisiti formali delle azioni soppresse (luogo di svolgimento, cittadinanza di parti e giudice, natura dell'organo giudicante) indipendentemente dal fondamento delle pretese fatte valere e cioè anche se esse si riferissero a rapporti del *ius honorarium* o comunque a rapporti non rientranti nella sfera di applicazione del vecchio sistema processuale»⁸⁵; e, sulla base di ciò, si è affermato che potrebbe essere stata proprio questa la finalità per la quale è stata mantenuta in vita la *fictio civitatis* dopo il 17 a.C.: quella, cioè, di consentire che tali *iudicia* divenissero *legitima* nel nuovo senso che acquisì questa espressione dopo la riforma di augustea⁸⁶. La *fictio*

commesso o subito dallo straniero, e solo dopo all'*emptio-venditio*, alla *societas* o alla *stipulatio* con i *peregrini*, che erano tutti istituti sorti nel *ius gentium* e tutelati dal *praetor peregrinus*; e, sulla base di ciò, replica efficacemente che «si potrebbe paradossalmente capovolgere il discorso di Serrao (...) considerando inconcepibile che si fosse dovuto aspettare l'intervento del *praetor peregrinus* a tutelare con proprie azioni "la *stipulatio* con i *peregrini*", prima di poter intervenire anche a reprimere e punire il furto tra romani e stranieri in un modo che non fosse il ricorso ad una guerra o alla rappresaglia!!».

⁸⁴ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 132, il quale osserva che se la *fictio civitatis* avesse avuto in origine la funzione di estendere ai *peregrini* la tutela processuale prevista per i *cives Romani*, non si spiegherebbe come mai essi avrebbero continuato a fare ricorso alla stessa anche quando i «i rapporti interessanti gli stranieri vennero ad essere riconosciuti e tutelati, sul piano giurisdizionale, in maniera, per così dire, normale».

⁸⁵ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 180.

⁸⁶ Cfr. Gai. 4. 109: *Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. Nam si verbi gratia ex lege Aquilia vel Ollinia vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum iudicem interveniente peregrini persona; et ex diverso si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiatur iudicium, legitimum est*; R. MARTINI, *Sull'espedito processuale della fictio civitatis* cit., p. 236

civitatis avrebbe consentito, in sostanza, di tramutare un *iudicium quod imperio continentur* in un *iudicium legitimum*; con tutte le conseguenze che un mutamento di tale genere avrebbe comportato: trattandosi, infatti, di *actio in personam* con formula *in ius concepta* - sebbene modificata attraverso la *fictio* - non sarebbe stato possibile agire nuovamente per la stessa pretesa, perché, per gli effetti estintivi propri della *litis contestatio* (così come sono descritti in Gai. 4. 107) il *iudicium* si sarebbe estinto *ipso iure*⁸⁷.

Se tale teoria appare plausibile, non vi sono ostacoli ad ammettere che la *fictio civitatis* sia stata introdotta dal pretore prima della *lex Iulia iudiciorum privatorum*, e che sia rimasta in vita anche dopo la riforma giudiziaria augustea; il che risulta

s.; nonché, sull'esistenza di *iudicia legitima* già prima della riforma giudiziaria di Augusto, G. NICOSIA, *La distinzione tra iudicia legitima e quae imperio continentur e la sua rilevanza in ordine agli effetti estintivi*, in *Silloge. Scritti 1956-1996* (Catania 1998) p. 411 ss., il quale, sulla base del famoso brano dell'orazione di Cicerone *pro Q. Roscio comoedo* (5. 15), che menziona i *iudicia legitima* in contrapposizione agli *arbitria honoraria*, contesta la tesi di Bonifacio secondo cui la qualifica *iudicium legitimum* sarebbe nata in seguito alla *lex Iulia*, e afferma come sembra «del tutto plausibile ritenere che nel quadro dell'esposizione gaiana essa si ricolleggi alla regolamentazione della *lex Iulia*, mentre nell'epoca precedente (ciceroniana) essa non poteva che ricollegarsi ad una regolamentazione legislativa anteriore, con tutta probabilità a quella della *lex Aebutia*, che come sappiamo operò un primo riconoscimento legislativo, una prima 'legittimazione' (e non interessa qui entro quali limiti) del processo formulare», così concludendo: «dato che la legge Giulia praticamente abolì il processo *per legis actiones* e generalizzò il riconoscimento del processo *per formulas*, quindi in definitiva 'legittimò', ed anzi rese necessario, il ricorso generale a questo tipo di processo, che restava ormai il solo utilizzabile, ci si aspetterebbe logicamente che tutti i *iudicia* formulari fossero divenuti *legitima*; il fatto che invece troviamo la distinzione – nei termini in cui la prospetta Gaio, in riferimento proprio alla sistemazione conseguente alla regolamentazione operata dalla legge Giulia – tra *iudicia legitima* e *quae imperio continentur*, innegabilmente, costituisce una stranezza. La quale mostra che la qualifica '*legitima*', riservata solo ad alcuni *iudicia*, aveva un significato speciale, che non è spiegabile in riferimento alla *lex Iulia* e come derivato da essa (...) il che conferma (...) che il riconoscimento di un *iudicium* formulare come '*legitimum*' implicava la sua assimilazione e anche equivalenza (almeno a certi effetti) all'*agere lege*'».

⁸⁷ Cfr. Gai. 4. 107: *Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae*; e G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare* (Napoli 1982) p. 116, che con riguardo all'*actio furti* e all'*actio legis Aquiliae* in Gai. 4. 37, afferma «Ora, a me sembra (...) si debba distinguere l'aspetto sostanziale da quello formale. Dal punto di vista sostanziale è evidente che, non essendovi alcuna *obligatio*» alla base dell'*actio* «la *litis contestatio* non possa estinguere alcunché e venga quindi a mancare il suo effetto c.d. estintivo o consuntivo. D'altra parte il rapporto per cui si agisce, pur non essendo *iuris civilis*, è assimilato ad una *obligatio* in quanto risulta portato in giudizio con un'*actio iuris civilis* adattata mediante una *fictio* alla diversa situazione che serve far valere. Pertanto, se nella formula riferita da Gaio si invita il giudice a giudicare come se il peregrino fosse cittadino romano ed esistesse quindi a suo carico un *oportere*, è evidente che una tale azione può essere esperita soltanto una volta perché una seconda volta per essa mancherebbero del tutto i presupposti. Infatti, l'*actio directa*, su cui l'*actio ficticia* si modella, in analoghe circostanze verrebbe considerata estinta a seguito della consumazione sostanziale derivante dalla *litis contestatio*»; e, più di recente, P. SCIUTO, *Gai. 4. 37: alcune riflessioni in tema di fictio civitatis* cit., p. 442 s.

provato anche da alcune testimonianze che lasciano intendere come nel I secolo a.C. tale espediente fosse ampiamente conosciuto e utilizzato, persino in provincia.

I.7 Segue. Analisi delle testimonianze offerte da Cic. *Verr. 2. 2. 12. 31* e dalla *Tabula Contrebiensis*. Qualche riflessione sull'applicazione della *fictio* in provincia.

Due fonti inducono a credere che nel I sec. a.C. una finzione volta a consentire un cambiamento di *status* fosse già conosciuta e utilizzata. La prima di queste è:

Cic. *Verr. 2. 2. 12. 31*: *Iudicia eius modi: qui cives Romani erant, si Siculi essent, tum si (cum Siculos)*⁸⁸ *eorum legibus dari oporteret, qui Siculi, si cives Romani essent.*

Il brano tratto dalle Verrine di Cicerone si inquadra in un discorso più ampio con il quale l'oratore intende denunciare gli abusi commessi da Verre, nel periodo in cui era propretore in Sicilia ed esercitava l'attività di *iurisdictio*, sia nei confronti di siciliani sia nei riguardi di cittadini romani.

La maggior parte degli interpreti⁸⁹ vi ha visto un'allusione all'uso che Verre faceva in provincia, se non proprio della *fictio civitatis* descritta da Gaio in 4. 37, di un meccanismo finzionistico sostanzialmente analogo; e ciò sulla base del presupposto che il termine '*iudicia*' significhi formule giudiziali⁹⁰. Per questo motivo, integrano il passo con l'espressione '*tum si*' in luogo di '*cum Siculos*', conferendogli, così, maggior coerenza logica.

⁸⁸ La fonte è variamente integrata da coloro che hanno una cultura letteraria e coloro che, invece, muovono da un retroterra giuridico. I primi preferiscono l'integrazione '*cum Siculos*', i secondi scelgono al suo posto l'espressione '*tum si*', cfr. M. GENOVESE, "*Qui cives Romani erant, si Siculi essent... qui Siculi, si cives Romani erant*" (Cic. *Verr. 2. 2. 12. 31*): nuovi spunti interpretativi e riflessi sulla valutazione dell'esercizio della *iurisdictio* nel corso della *praetura siciliensis* di Verre", in *Studi in onore di Remo Martini* (Milano 2009) II, p. 216 s.

⁸⁹ Cfr., tra tutti, F. SERRAO, *La «iurisdictio» del pretore peregrino* cit., p. 47; G. BROGGINI, *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?*, in *Coniectanea. Studi di diritto romano* (Milano 1966) p. 331 ss.; F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 47 nt. 104.

⁹⁰ Invero l'espressione ha una molteplicità di significati e, infatti, è stata diversamente interpretata dalla romanistica che, a volte, ha preferito attribuirle il senso di giurie o di organi giudicanti, altre, quello di pronunce o verdetti, cfr. M. GENOVESE, "*Qui cives Romani erant, si Siculi essent... qui Siculi, si cives Romani erant*" cit., p. 225 s.; P. SCIUTO, *Gai. 4. 37: alcune riflessioni in tema di fictio civitatis* cit., p. 430.

Non può negarsi che la fonte ciceroniana ripropone alcuni dati testuali che si riscontrano anche in Gai. 4. 37, quali, ad esempio, l'uso dell'espressione '*si cives Romani essent*', da porre in relazione con '*Siculi*', e l'avverbio '*tum*' che è presente ogni qual volta vuole descriversi una finzione, allo scopo di «collegare le due ipotesi formulari, la prima fittizia, la seconda reale, che dovevano essere considerate realizzate dal giudice come condizione alla condanna»⁹¹. Se ci si focalizza su tali elementi, si potrebbe essere indotti a credere che l'accusa mossa da Cicerone a Verre sarebbe quella di creare *formulae* fittizie; sebbene, a ben guardare, la vaghezza del passo sia tale da non poter giungere ad una tale conclusione⁹².

Pertanto, Brogginì, ha ritenuto che Cicerone accusasse Verre - non di usare la *fictio civitatis* - bensì di organizzare «i processi contro convenuti romani, come se la formula d'azione contenesse una *fictio civitatis* e viceversa, processi cioè che sarebbero stati formalmente giustificabili solo in presenza di una simile *fictio*»⁹³. La formula, quindi, non era *ficticia* in senso tecnico, ma dava luogo a conseguenze processuali che potevano scaturire solo per mezzo della *fictio*, e che si ponevano in violazione della *lex Rupilia* che, imponendo la scelta di un *iudex* della stessa nazionalità del convenuto, implicava che al convenuto venisse applicato il diritto sostanziale dell'ordinamento al quale apparteneva⁹⁴. Più precisamente, secondo lo studioso «per mezzo degli artifici della formula» Verre «impondeva quindi ad un giudice romano di giudicare in base al diritto di una città sicula, come se il convenuto fosse stato cittadino di quella città»⁹⁵.

⁹¹ Cfr. G. BROGGINI, *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?* cit., p. 336.

⁹² Le stesse riserve ha avuto L. MAGANZANI, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia* (Milano 2007), p. 36.

⁹³ G. BROGGINI, *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?* cit., p. 339 s.

⁹⁴ Alla *lex Rupilia* Cicerone fa espresso riferimento nel passo immediatamente successivo, cfr. Cic. in *Verr.* 2. 2. 13. 32: *Siculi hoc iure sunt, ut quod civis cum cive agat domi certet suis legibus, quod Siculus cum Siculo non eiusdem civitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rupili decreto, quod is de decem legatorum sententia statuit, quam illi legem Rupiliam vocant, sortiatur. Quod privatus a populo petit aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate qui iudicet datur, quum alternae civitates reiectae sunt. Quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus iudex datur: quod Siculus a civi Romano, civis Romanus datur: ceterarum rerum selecti iudices ex civium Romanorum conventu proponi solent. Inter aratores et decumanos lege frumentaria, quam Hieronicam appellant, iudicia fiunt.*

⁹⁵ G. BROGGINI, *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?* cit., p. 341.

Di diverso avviso è Di Lella⁹⁶, il quale osserva che «la conclusione che la norma sulla scelta del giudice stesse ad indicare anche il diritto sostanziale in base al quale dovesse decidersi la controversia è certamente verosimile, ma non è provata» e che «anche a voler ammettere il preteso collegamento... alla *fictio civitatis* si faceva ricorso tanto se lo straniero era convenuto quanto se era attore, e in entrambi i casi il diritto da applicarsi era quello romano: nella prospettiva gaiana la finzione non ha lo scopo di evitare l'applicazione di un diritto sostanziale diverso dal romano, bensì quello di estendere agli stranieri norme valide per i soli *cives romani*». Eppure, non si può negare che il procedimento logico sotteso alle parole di Cicerone, ricordi – seppur vagamente - quello desumibile da Gai. 4. 37.

Se tale fonte non appare pienamente probante del fatto che nel I secolo a.C. la finzione fosse già conosciuta e ampiamente utilizzata anche in provincia⁹⁷, la seconda testimonianza che si associa alla *fictio civitatis*, è certamente più significativa:

*Tab. Contr. 1. 1 - 11: Senatus Contrebie[n]sis quei tum aderunt iudices sunt
sei par[ret ag]rum quem Salluenses [2] ab [S]osinestaneis emerunt rivi faciendi
aquave ducendae causa qua de re agitur Sosinestanos [3] iure s[uo] Salluensis
vendidisse inviteis Allavonensibus; tum sei ita [p]arret [e]ei iudices iudicent [4]
eum agrum qua de re agitur Sosinestanos Salluensis iure suo [.] vendidisse [.]
sei non par[re]t iudicent [5] iure [.] suo non vendidisse. Eidem quei supra scriptei
[.] sunt [.] iudices sunt. Sei Sosine[s]tana ceivitas [.] esset tum [.] qua [.]
Salluenses [7] novissime publice depala[r]unt qua de re agitur sei sup[r]a eos
palos Salluenses rivom per agrum [8] publicum Sosinestanorum iure suo facere
liceret aut s[e]i per [a]grum publicum Sosinestanorum [9] qua rivom fieri oporteret
rivom iure [.] suo iure Sallui[en]s[ibus] [f]lacere liceret dum quanti [.] is ager [.]
aesistimat[us] [10] esset, qua rivos duceretur Salluenses pe[qu]am solverent tum
sei ita [p]arret, eei iudices iudicen[t] [11] Salluensis rivom iure suo facere
licere sei non parret iudicent iure suo facere non licere.*

Si tratta di un'epigrafe dell'87 a.C., che riporta le tracce di un programma giudiziale che è stato adottato dal senato di Contrebia, sotto il console C. Valerio Flacco, per la risoluzione di una controversia tra comunità spagnole, insorta in relazione alla compravendita di un terreno e al diritto di costruire opere idriche

⁹⁶ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 144 s.

⁹⁷ Come ritiene, invece, E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 310 s.

sullo stesso⁹⁸. Dal documento risulta che i *Salluienses* vollero acquistare un fondo dai *Sosinestani*, allo scopo di eseguirvi la costruzione di un canale; esecuzione che, tuttavia, incontrò l'opposizione degli *Allavonenses*, i quali – forse in virtù di un precedente accordo⁹⁹ - vantavano un diritto sul territorio dei *Sosinestani*.

A fronte di queste pretese, C. Valerio Flacco diede ordine al senato di Contrebia di predisporre uno schema o, più precisamente, una formula unitaria, della quale i giudici dovevano tener conto al momento di pronunciarsi sulla controversia.

In effetti, non si può negare che, anche in questo brano – così come in quello ciceroniano – il lessico utilizzato e lo stile adottato siano sostanzialmente gli stessi impiegati per la redazione della formula con *fictio* 'si civis Romanus esset'; basti osservare l'espressione 'Sei Sosinestana ceivitas esset tum' che sembra voler instaurare una equiparazione fittizia tra i 'Salluienses' e i 'Sosinestani'. Tuttavia, a differenza dell'ipotesi contemplata in Gai. 4. 37, nella *Tabula Contrebiensis* non viene presa in considerazione una controversia tra cittadini romani e peregrini, bensì una lite tra due comunità di peregrini e, quindi, presenta un elemento di diversità rispetto alla *fictio civitatis* del § 37, che, invece, sembra potersi applicare solo in caso di controversie *inter cives et peregrinos*¹⁰⁰.

Anche a voler prescindere dalle somiglianze lessicali, vi è un altro elemento che induce a credere che si tratti di una *fictio*: il fatto che gli acquirenti del terreno, ossia i *Salluienses*, vengano considerati, ai fini della risoluzione delle liti, come se fossero i *Sosinestani*, cioè gli alienanti: ciò al fine di consentire ai giudici di valutare gli obblighi che i *Sosinestani* avessero nei confronti degli *Allavonenses* e,

⁹⁸ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 311 s.; F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 41 s.; L. MAGANZANI, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone* cit., p. 36 s.; e, più di recente, C. ANDO, *Fact, Fiction, and Social Reality in Roman Law, in Legal Fictions in Theory and Practice* (New York 2015) p. 301 s., e P. SCIUTO, *Gai. 4. 37: alcune riflessioni in tema di fictio civitatis* cit., p. 431 s.

⁹⁹ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 313.

¹⁰⁰ Cfr. L. MAGANZANI, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone* cit., p. 37, la quale afferma: «Se davvero, come la dottrina generalmente ammette, è rilevabile una derivazione delle formulazioni tecniche del documento dalle corrispondenti formulazioni della pratica processuale romana, non pare senza significato il fatto che lo schema romano della *fictio civitatis* sia stato qui riprodotto per applicarlo ad un caso di controversia fra comunità peregrine: ciò, infatti, suggerisce che, allo stesso modo, anche la *fictio civitatis* della procedura formulare potesse trovare applicazione nel caso di controversie fra due peregrini».

infine - per ragioni probabilmente di economia giudiziaria - contestualmente decidere sulla possibilità dei *Salluienses* di costruire o meno le opere sul fondo acquistato.

Se, infatti, ai *Sosinestani* fosse stato vietato compiere opere idriche sul terreno, allora anche ai *Salluienses* ciò sarebbe stato vietato; mentre, se in capo ai *Sosinestani* non vi fosse stata alcuna preclusione, allora i *Salluienses* avrebbero potuto costruire.

Prescindendo dalle somiglianze con la *fictio civitatis* del § 37, una differenza emerge e si può rintracciare nella diversa funzione che sembra assumere la *fictio* della *Tabula Contrebiensis* , la quale intende porre fine, in maniera più spedita, ad una controversia, la cui risoluzione, altrimenti, avrebbe richiesto almeno due passaggi logici: il primo consistente nell'accertamento che ai *Sosinestani* fosse consentito compiere opere idrauliche sul proprio terreno, e, il secondo, consistente nell'accertamento che i *Salluienses*, in qualità di acquirenti del fondo dai *Sosinestani*, avrebbero potuto compiere tali opere.

Senza entrare nel merito della questione giuridica posta dalla *Tabula Contrebiensis* , appare probabile che il procedimento logico seguito nella redazione del programma giudiziario, fosse il medesimo risultante da Gai. 4. 37. Pertanto, se non si vuole adottare la tesi di coloro i quali ritengono che la *fictio civitatis* risalga ad un'epoca anteriore alla *lex Aebutia* o, comunque, all'istituzionalizzazione della *iurisdictio* del *praetor peregrinus* , si è costretti a negare rilevanza a tale testimonianza, oppure a ritenere che l'espedito della finzione sia di derivazione provinciale¹⁰¹.

¹⁰¹ Come ritiene plausibile P. SCIUTO, *Gai. 4. 37: alcune riflessioni in tema di fictio civitatis* cit., p. 449, la quale afferma che «la finzione di cittadinanza descritta in Gai. 4. 37 rappresenti uno strumento di tecnica giurisdizionale formalizzatosi con Augusto, la cui origine potrebbe già ventilarsi nella prassi giudiziaria delle *provinciae* , seppure non reputiamo del tutto probanti in tal senso – se non come mere anticipazioni di un modello di intervento che rispecchia il modo di procedere peculiare dei Romani – né il testo epigrafico della *Tabula Contrebiensis* , né (e ancor di più) il brano ciceroniano delle *Verrinae* ». Cfr. però E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 304 ss., il quale evidenzia come il proconsole C. Valerio Flacco che autorizzò la formula predisposta dal senato di Contrebia, aveva già a quel tempo ricoperto la pretura urbana Roma. Particolare che non sembra di poco conto e che porterebbe a non escludere che fu proprio il proconsole ad aver portato l'espedito processuale della *fictio* in provincia piegandolo al raggiungimento di altre finalità giuridiche.

I.8 L'actio 'in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse' in Gai. 4. 38.

L'esposizione gaiana delle *fictiones*, si chiude al § 38, in cui viene descritta la *fictio ' si capite deminutus deminutave non esset ':*

Gai. 4. 38: *Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coëmptionem muasculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est [actio] contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*

Nel brano il giurista prende in considerazione il caso di chi, dopo aver assunto un' *obligatio ex contractu*, abbia subito una *capitis deminutio*¹⁰², e adduce le ipotesi della donna *conventa in manum* per mezzo della *coëmptio*, e di chi sia stato *adrogatus* da un altro *pater familias*. In entrambi i casi, il *capite deminutus* cessava *iure civili* di essere obbligato verso il creditore, che, di conseguenza, non poteva più agire in giudizio affermando nell' *intentio* l'esistenza in suo favore di un *dare oportere*¹⁰³. Fu, quindi, una ragione equitativa che indusse il *praetor* a ricorrere all'espedito della *fictio*: impedire che fosse in facoltà del debitore liberarsi – con un proprio atto – da un'obbligazione precedentemente assunta, pregiudicando, così, irrimediabilmente il diritto dei creditori ('*ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere*') di ottenere l'adempimento o, in mancanza, di agire in giudizio contro il debitore. Per tale ragione, *iure honorario* veniva concessa ai creditori una *actio 'in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse'*, cioè un'azione in cui si

¹⁰² Sul concetto di *capitis deminutio*, cfr. Gai. 1. 159; Paul. *Sent.* 1. 7. 2; D. 4. 5. 1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*); I. 1. 16 pr.; Boeth., *ad Cic. top.* 4. 18, nei quali essa viene descritta come il mutamento di un precedente *status* ('*prioris status permutatio*'). Di '*statum mutare*' si parla anche in Paul. *Sent.* 3. 6. 29; D. 4. 1. 2 (Paul. 1 *sent.*); e, infine, di '*condicionem mutare*' in D. 38. 6. 9 (Paul. 11 *resp.*).

¹⁰³ Si ricorda che le sole obbligazioni per le quali poteva sorgere il problema della tutela dei creditori a fronte della *capitis deminutio* subita dalla parte debitrice, erano le *obligationes ex contractu*, in quanto delle *obligationes ex delictu*, al tempo di Gaio, rispondevano gli esercenti la *potestas*: cfr. Gai. 4. 77: *Omnes autem noxales actiones capita sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si pater familias noxam commiserit, et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, ((quod)) quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit.* Tale disciplina, solo in prosieguo di tempo, subì un mutamento, cfr. D. 4. 5. 2. 3 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Nemo delictis exiuitur, quamvis capite minutus sit.*

fingeva che il debitore non avesse subito una *capitis deminutio*, a causa della *coemptio* o dell'*adrogatio* (*'fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse'*)¹⁰⁴. Che fosse questo il contenuto della *fictio*, trova una conferma in:

D. 4. 5. 2. 1 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo'*.

Il frammento, riporta il commento all'editto pretorio di Ulpiano e contiene l'inciso *'id factum non sit'*, che evidentemente si riferisce proprio alla 'non avvenuta' *capitis deminutio*¹⁰⁵. Dal commento all'editto, può anche immaginarsi quale fosse la formula dell'*actio ficticia* promessa dal pretore (*'iudicium dabo'*), che è stata ricostruita da Lenel¹⁰⁶:

Si paret N.s N.s capite deminutus non esset, tum si N.m N.m A.o A.o ... dare oporteret, iudex N.m N.m A.o A.o ... c.s.n.p.a.

Invero, a proposito dell'oggetto della falsa supposizione, Bianchi ha sottolineato come questa finzione - sebbene sembri riguardare direttamente «la 'qualità' della *capitis deminutio* e non già un fatto»¹⁰⁷ - vi sono almeno due passi in

¹⁰⁴ La finzione, quindi, operava nei soli casi di *capitis deminutio minima* giacché per le diverse ipotesi di *capitis deminutio media* e *maxima* fu presto introdotto un diverso rimedio: l'*actio 'adversus eos ad quos bona pervenerunt'*, cfr. D. 4. 5. 2 pr. (Ulp. 12 *ad ed.*): *Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt. Ceterum sive amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum neque possunt hi penitus conveniri: dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum*. Sulle diverse caratteristiche di quest'ultima azione rispetto all'*actio ficticia*, cfr. C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'*, in *SDHI*, 1987, 53, p. 117 s., che la descrive come «un'azione che si differenzia dalla *fictio rescissa capitis deminutione* non solo nominalmente o strutturalmente, ma soprattutto per gli effetti che produce: e infatti, mentre l'*actio ficticia* è concessa contro lo stesso debitore, l'*actio adversus eos ad quos bona pervenerunt* è concessa contro coloro che del debitore hanno acquistato i beni».

¹⁰⁵ Come sottolineato da S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias* (Milano 2003), p. 118, la quale - con specifico riferimento alla situazione dell'*adrogatus* - afferma: «il contenuto della nostra *fictio* consiste nel supporre che non si sia prodotto l'effetto dell'*adrogatio*, vale a dire considerare come non attuata la *capitis deminutio*, il mutamento della precedente condizione giuridica».

¹⁰⁶ O. LENEL, *EP* cit., p. 118.

¹⁰⁷ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 331

cui lo stesso Gaio utilizza un'espressione che può indurre l'interprete a delle conclusioni parzialmente diverse:

Gai. 3. 84: *Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeque in manum convenit, non transit ad coëmptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit; tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coëmptionator heres fit, directo tenetur iure; is vero, qui se adoptandum dedit, quaeque in manum convenit, desinit esse heres; de eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coëmptionator nec ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, quaequae in manum convenit, maneat obligatus obligataque, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione; et si adversus; et si adversus hanc actionem non defendatur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.*

Gai. 4. 80: *Haec ita de his personis, quae in potestate ((sunt)), sive ex contractu sive ex maleficio earum controversia sit. Quod vero ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt, ita ius dicitur, ut cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo, cuius iuri subiectae sint in solidum defendantur, bona quae earum futura forent, si eius iuri subiectae non essent, veneant. Sed cum rescissa capitis ((deminutione cum iis)) imperio continenti iudicio agitur¹⁰⁸...*

Nel primo, si afferma che, in caso di *indefensio* dell'*adrogator* o del *coëmptionator*, il pretore autorizzava i creditori a procedere alla *venditio* di quei *bona* (passati al titolare della *potestas* per successione ereditaria) che sarebbero stati patrimonio dei convenuti '*si se alieno iuri non subiecissent*'. Nel secondo, viene ricordato che quando si agiva in base ad un'*obligatio ex contractu*, se colui che esercitava la *manus* o il *mancipium* non assumeva la difesa *in solidum*¹⁰⁹ delle persone a lui sottoposte, venivano venduti i *bona* che quest'ultime avrebbero avuto '*si eius iuri subiectae non essent*'¹¹⁰.

¹⁰⁸ L'ultimo inciso è così integrato da P. E. HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen* (Leipzig 1855), p. 177.

¹⁰⁹ Sul significato di '*non defendere*' che compare in Gai. 3. 80 e 4. 80, cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., p. 341, il quale ritiene che vada inteso come comportamento collaborativo che il creditore doveva aspettarsi da coloro che esercitavano il potere sugli *alieni iuris* e che poteva consistere o nel pagamento dell'ammontare della condanna oppure nella garanzia del pagamento; e, in senso analogo, L. D'AMATI, *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione*, in *Diritto e Storia*, 2009, VIII, p. 5 s.

¹¹⁰ Su Gai. 4. 80, cfr. S. A. CRISTALDI, *In tema di contratti conclusi dalle personae in mancipio* (Gai. 4. 80), in *Iuris Antiqui Historia. An international journal in ancient law*, 2017, IX, p. 29 ss., il quale ipotizza che l'azione presa in considerazione nel passo, non fosse l'*actio utilis rescissa capitis*

Dall'inciso '*si se alieno iuri non subieciissent*' contenuto in Gai. 3. 84 che è sostanzialmente riprodotto (seppur in forma diversa) in Gai. 4. 80, Bianchi deduce che, anche questa *fictio* – così come quelle di cui ai §§ 34 ss. - consisteva in una situazione di fatto, seppure di natura negativa¹¹¹, che consisteva nel non essere sottoposti all'altrui potere; e afferma che «si sarebbe... dovuto supporre, rispettivamente, come non avvenute l'*adrogatio* e la *coemptio*... invece, l'espressione '*rescissa capitis deminutione*' consente di indicare sinteticamente la situazione di fatto che era preesistente ad entrambi gli atti»¹¹², i quali, invece, *iure civili* rimanevano validi ed efficaci. Per questo, secondo l'autore, la *fictio* descritta nel § 38, è quella che manifesta il più alto grado di astrazione, «in quanto essa presuppone di porre attenzione 'all'effetto' derivante dall'*adrogatio* o dalla *coemptio* (che è comune ai due atti) e, quindi, di considerare come non avvenuto questo effetto»¹¹³.

Il carattere dell'astrattezza, crea una certa suggestione circa l'epoca di introduzione di tale *fictio* , che sembra essere una delle più recenti sin qui esaminate. Infatti, secondo Desserteaux, l'espedito risalirebbe agli ultimi anni dell'età repubblicana poiché – sebbene Cicerone non ne faccia menzione - era già noto a Labeone¹¹⁴. Diversamente, Di Lella, ritiene che tale *fictio* fosse successiva alla riforma giudiziaria di Augusto, perché «l'editto '*de capite minutis*' presuppone chiaramente la capacità del *filius familias* di contrarre obbligazioni proprio *nomine* e di essere convenuto in giudizio per gli atti giuridici da lui compiuti, presuppone, cioè, da un lato, il consolidarsi delle deroghe, sempre più frequenti, al principio civilistico dell'incapacità di obbligarsi del *filius familias* – principio formalmente mai contraddetto, almeno fino all'età classica – e, dall'altro, l'affermarsi del

deminutione, bensì un'azione diversa ('*cum ex contractu earum ageretur*'), scaturente dal contratto concluso dalla persona sottoposta al potere di *mancipium*, adattata, però, alla peculiarità del caso concreto in via utile, ma senza ricorrere alla *fictio* '*si capite deminutus deminutave non esset*'.

¹¹¹ Sul dato che la *fictio rescissa capitis deminutione* sia negativa, cfr. C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 121, la quale pone in luce come sia proprio tale caratteristica a distinguerla dalle *fictiones* dei §§ 34-37; il che, secondo l'autrice, giustificerebbe l'uso di quel '*praeterea*' col quale si apre il § 38.

¹¹² Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 333.

¹¹³ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 336.

¹¹⁴ Cfr. F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio* (Parigi 1919) 2, p. 304; e E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 327 ss., il quale concorda con il primo autore.

processo formulare come unica forma di tutela giurisdizionale»¹¹⁵; perciò, egli sostiene che la capacità del *filius familias* di obbligarsi *pro se* - attestata in D. 44. 7. 39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*) - troverebbe riscontro «nella possibilità riconosciuta in via generale dallo stesso giurista (Gai. 4. 38), di convenire in giudizio l'*adrogatus*... per gli atti compiuti prima dell'*adrogatio* ..., mediante l'*actio utilis*, concessa dal pretore ai creditori al fine di evitare l'ingiusto danno ad essi imposto dal *ius civile*»¹¹⁶. Inoltre, a parere dello studioso, un ulteriore indizio idoneo a collocare tale *fictio* in epoca classica, potrebbe essere desunto da:

D. 15. 1. 42 (Ulp. 12 *ad ed.*): *In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant,*

in cui figura la disputa tra alcuni giuristi che, da un lato, ritenevano che l'*actio de peculio* potesse essere esperita nei confronti dell'*adrogator* per le obbligazioni assunte dall'*adrogatus* quando era ancora *sui iuris*, mentre, Sabino e Cassio, dall'altro, non concordavano con tale orientamento. Il frammento darebbe contezza di come a quel tempo mancasse un rimedio posto a tutela dei creditori¹¹⁷.

Tale modo di interpretare le fonti, tuttavia, si presta ad alcune critiche: in relazione alla prima delle argomentazioni portate avanti dallo studioso, secondo cui per la ricostruzione delle origini storiche di tale *fictio*, si deve partire dal presupposto che fosse la capacità del *filius familias* di obbligarsi *pro se* a precedere e giustificare il ricorso del pretore all'espedito dell'*actio* '*in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse*' e non, invece, il contrario, come è più plausibile credere; può dirsi¹¹⁸, che era proprio la finzione lo strumento attraverso il quale il pretore correggeva il *ius civile*. Proprio a questo riguardo - e più di recente - Longo ha evidenziato come, sebbene in D. 44. 7. 39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*) si affermi che '*filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi*

¹¹⁵ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 185.

¹¹⁶ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 187.

¹¹⁷ Cfr. L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 187 s.

¹¹⁸ Come si è già avuto modo di constatare con riferimento alla *fictio* '*si... heres esset*', sulla quale vd. § 2 di questo cap.

cum eo tamquam cum patre familias potest', il frammento appartiene ai giustitnianeî, i quali «alla luce dell'acquisita capacità patrimoniale del figlio *in potestate*, equipararono, dal punto di vista della validità delle obbligazioni contratte e, dunque, della soggezione all'azione, la posizione del *filius familias* a quella di un *sui iuris*», e che «la supposta capacità del figlio *alieni iuris* di obbligarsi *pro se* e di rispondere processualmente dei debiti ereditari»¹¹⁹ non è affatto attestata in Gai. 4. 38, poiché, a ben guardare, «se il pretore, in nome di quell'*aequitas* che sta alla base delle regolamentazioni del *ius honorarium*, intervenne ad introdurre la *fictio* che l'*adrogatus* convenuto non fosse *filius*, è proprio perché il *filius*, in quanto tale, non poteva *iure civili* considerarsi debitore e, quindi, non era possibile per il terzo chiamarlo in giudizio a soddisfazione del suo credito (...*nec directo intendi potest sibi dare eum ... oportere*)»¹²⁰.

Per quanto concerne la seconda argomentazione addotta da Di Lella sulla base della testimonianza ulpiana in D. 15. 1. 42, non appare credibile – come l'autore vorrebbe – che, sino all'epoca della controversia giurisprudenziale, i creditori fossero privi di qualsiasi forma di tutela; bensì è più probabile che al tempo di Ulpiano si volesse rendere più completa la tutela dei creditori attraverso la previsione dell'*actio de peculio* che – in aggiunta all'*actio ficticia* – si rivelò più confacente al caso in cui il patrimonio dell'*adrogatus* non bastasse a coprire i debiti¹²¹. È plausibile, infatti, che quando il patrimonio del *potestati subiectus* fosse

¹¹⁹ Cfr. S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., p. 124 s.

¹²⁰ Cfr. S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., p. 125 e p. 167 nt. 172, ove aggiunge che in nessun luogo delle *Institutiones* gaiane si trova l'attestazione della presunta capacità del *filius familias* di obbligarsi *pro se* nei confronti dei terzi.

¹²¹ Cfr. C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 116; e segnatamente S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., p. 126 s., la quale a proposito delle due *actiones* poste a tutela dei creditori, così afferma: «non è possibile – a mio avviso – mettere sullo stesso piano queste due azioni... entrambe, è vero, tendono a tutelare il creditore di un *alieni iuris*, però con l'*actio de peculio* il pretore vuole coinvolgere la responsabilità dell'avente potestà che, concedendo al suo sottoposto un *peculium* di cui mantiene giuridicamente la proprietà, lo ha in un certo senso 'autorizzato' implicitamente ad entrare in affari con estranei; l'*actio rescissa capitis deminutione* ha invece alla base il chiaro intento di evitare che la rinuncia alla propria autonomia giuridica da parte di chi, essendo in difficoltà economiche, abbia deciso di sottoporsi all'altrui potere, venga fatta allo scopo di sottrarsi alla responsabilità per i debiti assunti, e quindi per frodare irrimediabilmente i creditori (...) Per conseguenza, in questo caso con l'*actio ficticia* il pretore, diversamente che con l'*actio de peculio*, permette al terzo di agire ugualmente contro il debitore come se questi non fosse *capite deminutus*; ci si sforza, cioè, di creare un rimedio giudiziario che lasci integra l'obbligazione in capo al *capite deminutus*, senza coinvolgere nel rapporto obbligatorio il nuovo titolare del potere (*adrogator* o *coëmptionator*) che è del tutto

sufficiente a soddisfare il debito, il pretore preferisse accordare l'*actio ficticia*. Ma a fronte di quali casi specifici?

Dal momento che con la *fictio* il pretore imponeva al giudice di considerare come se gli effetti giuridici della *capitis deminutio* non si fossero realizzati, ci si potrebbe chiedere se i casi addotti da Gaio in 4. 38 - come applicazioni dell'*actio utilis rescissa capitis deminutione* - avessero carattere tassativo oppure esemplificativo, considerato che non esaurivano quelli che davano luogo ad una *capitis deminutio minima*. Tra questi ultimi, com'è noto, rientrava anche l'*emancipatio*¹²²; cosa che porterebbe a credere che il giurista abbia preferito addurre solamente alcune applicazioni della *fictio* (come pare voglia lasciare intendere quel '*veluti*', che appare astrattamente idoneo ad introdurre un'esemplificazione)¹²³.

In verità, non è plausibile credere che l'*actio 'in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse'* venisse concessa anche contro l'*emancipatus*. Innanzitutto perché ogni qual volta Gaio fa riferimento all'*actio utilis rescissa capitis deminutione*¹²⁴, considera solo le ipotesi della *adrogatio* e della *conventio in*

estraneo a tale rapporto. Se Sabino e Cassio, stando a D. 15. 1. 42, sono per la inutilizzabilità in questo caso dell'*actio de peculio* proprio perché mancano i presupposti per l'esercizio di quest'azione (mancata sottoposizione del debitore alla *patria potestas* al momento dell'assunzione del debito; inesistenza di un *peculium*), ciò significa che non vi è relazione alcuna tra *actio de peculio* ed esigenza di tutelare il creditore del *capite deminutus*; nel momento in cui il pretore viene incontro al terzo attraverso lo strumento della *fictio*, l'*actio de peculio*, come poteva non essere ancora stata emanata, così poteva pure, al contrario, già esistere, oppure ancora, essere introdotta nello stesso periodo; in ogni caso, per le sue caratteristiche sostanziali e strutturali non era di per sé idonea a tutelare quella situazione». Nello stesso senso si è più recentemente espresso anche R. D'ALESSIO, *Studi sulla capitis deminutio minima. Dodici Tavole Giurisprudenza Editto* (Napoli 2014), p. 131.

¹²² Cfr. Gai. 1. 162: *Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his qui adoptantur, item in his quae coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittatur, totiens capite deminuitur; nonché B. ALBANESE, Le persone nel diritto privato romano cit., p. 313, il quale sotto il profilo più propriamente semantico, afferma che la *capitis deminutio* consisteva «essenzialmente, in sé e per sé, nella perdita (*deminutio*), da parte di un *civis*, della precedente posizione (*caput*) rispetto alla *familia* agnaticia, e quindi alla *gens* ed anche ai rispettivi *sacra* familiari e gentilizi» spiegando, così, perché fosse *capite deminutus* anche l'*emancipatus* che - fuoriuscendo dalla *familia* d'origine - diventava *sui iuris*.*

¹²³ La particella '*velut*', tuttavia, quando è unita ad '*aliquando*', come in 4. 38, acquista un diverso valore, non più esemplificativo ma esplicativo: significa 'ovverossia', cfr. S. LONGO, *Naturalis obligatio e debitum servi in Gai. 3. 119a*, in *IURA*, 1995, XLVI, p. 56 nt. 16; ID. S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., p. 170 s.

¹²⁴ Cfr. Gai. 3. 84 e 4. 38.

manum; secondariamente - cosa ancor più importante - perché gli *alieni iuris* non potevano contrarre obbligazioni con i terzi¹²⁵.

A ben guardare, infatti, l'ipotesi dell'*emancipatus* si presentava come peculiare rispetto a quelle prese espressamente in considerazione dal giurista al § 38, in quanto costituiva l'unica ipotesi in cui il soggetto, a seguito della *capitis deminutio*, passava da una condizione di *alieni iuris* ad una condizione di *sui iuris*. Pertanto, se anche l'*emancipatio* fosse rientrata nei casi di applicazione dell'*actio ficticia*, Gaio avrebbe certamente sentito la necessità di esplicitarla a fini didattici nelle sue *Institutiones*, anziché addurre ben due esempi simili, in cui la *permutatio status* consisteva nel passaggio da uno *status* di *sui iuris* ad uno di *alieni iuris*¹²⁶.

Alla luce di ciò, può concludersi con una certa sicurezza che i casi di applicazione della *fictio rescissa capitis deminutione* furono presentati dal giurista in modo esaustivo e non esemplificativo.

1.9 Le *actiones 'quae ad legis actionem exprimuntur'*: la *fictio 'si pignus captum esset'* in Gai. 4. 31a-32.

Le *fictiones* sin qui analizzate appartengono alla categoria delle finzioni che vengono definite dal giurista *fictiones 'alterius generis'*¹²⁷, allo scopo di diversificarle da quell'unica *fictio* di cui si conserva solo una labile traccia nei precedenti §§ 31a-32, i quali sono intervallati da una lacuna di ben 23 righe. L'illeggibilità del codice veronese, nella parte che appare più interessante ai fini di questa indagine, impone all'interprete di procedere alla ricostruzione storica della finzione che è ivi descritta, solo dopo essersi fatto un'idea del complessivo discorso gaiano e – cosa ancora più importante – di quale fosse la funzione dell'espedito tecnico-processuale della *fictio*.

La peculiarità di tale finzione va individuata nel forte collegamento con il sistema del *lege agere*; infatti, non sembra casuale che Gaio ne dia notizia solo

¹²⁵ Cfr. S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., p. 167.

¹²⁶ Cfr. S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., p. 167.

¹²⁷ Cfr. l'incipit in Gai. 4. 34: *Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit...*

dopo aver spiegato, nei §§ 30-31, il motivo per il quale le *legis actiones* vennero ‘*in odium*’ ai Romani e, perciò, furono abbandonate:

Gai. 4. 30-31: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus. 31. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum; damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est.*

Dopo aver descritto in queste poche battute la fase di transizione dal *lege agere* all’*agere per formulas*, il giurista prosegue ai §§ 31a-32, affermando:

Gai. 4. 31a-32: 31a. *Per pignoris capionem _____ 32. Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tanta pecunia condemnetur.*

Nonostante le incertezze dovute alla lacuna, si può facilmente dedurre come Gaio avesse già iniziato a trattare l’espedito della *fictio*; come lascia intendere la descrizione del modo in cui operava la *fictio* ‘*si pignus captum esset*’ contenuta nel § 32¹²⁸; e come può confermare l’*incipit* del successivo § 33:

Gai 4. 33: *Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; nec ullam adiungimus conditionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas*

¹²⁸ A tal proposito è opportuno ricordare che la *pignoris capio* era un *modus agendi* del *lege agere*, attraverso il quale si facevano valere pretese di natura pubblicistica: quale, ad esempio, quella – contemplata nel passo 32 – del *publicanus*, che, agendo per la riscossione del *vectigal*, si impossessava di una cosa del debitore. La specificità di tale *modus agendi*, che poteva compiersi anche nei giorni *nefasti*, che non si svolgeva in tribunale dinanzi al pretore, e che poteva avvenire anche in assenza dell’avversario, aveva in passato fatto sorgere dei dubbi circa la sua appartenenza alle *legis actiones*: cfr. Gai. 4. 29: *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse: quibusdam autem ((contra)) placebat, primum quod pignoris capio extra ius paragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti ((quis)) posset, quam apud praetorem praesente adversario; praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege egere, pignus capi poterat.*

formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

Quest'ultimo brano è, in verità, posto a chiusura di una lunga digressione iniziata dal giurista al § 10:

Gai. 4. 10: *Quaedam praeterea sunt actiones quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. Quod ut manifestum fiat, opus est ut prius de legis actionibus loquamur;*

che rappresenta il punto di partenza dell'*excursus* sulle *legis actiones* di cui ai §§ 11-29 (le quali, al tempo di Gaio, erano ormai un lontano ricordo) e in cui il giurista presenta la distinzione tra le '*actiones quae ad legis actionem exprimuntur*', e quelle *actiones 'sua vi ac potestate constant'*.

Alla prima categoria di *actiones* apparteneva la *formula*¹²⁹ con *fictio 'si pignus captum esset'* la quale si differenziava dalle altre *actiones* contemplate nel § 33, perché, come si è anticipato, era in qualche modo connessa al sistema del *lege agere* e delle *legis actiones*¹³⁰.

¹²⁹ In verità il § 32 usa il termine '*forma*', pertanto, V. WLASSAK, *Der judikationsbefehl der römischen Prozesse* (Wien 1921) p. 278 ss., e A. MAGDALAIN, *Gaius IV et 33: naissance de la procédure formulaire*, in *TR*, 1991, LIX, p. 239 ss., hanno ritenuto che la *fictio*, consistente nell'avvenuta *pignoris capio*, non fosse contenuta in una *formula* concessa dal pretore in via edittale, e – attribuendo la materia delle controversie tra pubblicani e debitori d'imposta alla *iurisdictio* dei censori, hanno sostenuto che tale *fictio* non trovasse posto nell'editto del pretore né nel processo formulare, bensì in un processo diverso che aveva luogo dinanzi al censore. Tuttavia *formula* non è altro che il diminutivo di '*forma*', cfr. D. MANTOVANI, *Le formulae del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano* (Padova 1999) p. 15. Per questa ragione, L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta: ricerche sul titolo edittale De publicanis* (Torino 2002) p. 9 s. nt. 11, critica la tesi di Wlassak, affermando correttamente che «L'A. non tiene adeguato conto (...) oltre che del fatto (...) che l'azione del pubblicano fa parte di quelle *quae ad legis actionem exprimuntur*, del dettato del passo gaiano, che parla di *fictio* contenuta nella *forma*. Poiché, infatti, il termine *fictio* indica una clausola formulare, è più verosimile che Gaio abbia parlato di *fictio* contenuta in una *formula*, che di *fictio* contenuta in una *forma censualis* (...) Se *forma* significasse *forma censualis*, non avrebbe senso, inoltre, la frase iniziale del § 33 ("*Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur*")».

¹³⁰ Cfr. F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 12 s. e l'esegesi di C. A. CANNATA, *Introduzione ad una rilettura di Gai. 4. 30-33*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* (Napoli 1984), IV, p. 1871, il quale correttamente osserva: «il passo rivela una netta contrapposizione, al suo interno, la quale dipende dal referente temporale. Nei paragrafi 11-29 l'esposizione usa i verbi al passato, perché al passato si riferisce, essendo un'esposizione storica, cioè una narrazione: si tratta infatti della descrizione delle *legis actiones*, come delle "*actiones quas in usu veteres habuerunt*". Nei paragrafi 31-33, l'esposizione (...) si basa su verbi coniugati al presente, perché al presente si riferisce, essendo un'esposizione del diritto vigente: si tratta infatti dei casi in cui le *legis*

In passato è stato ipotizzato che la differenza tra le *actiones quae ad legis actionem exprimuntur* e le *actiones sua vi ac potestate constant* risiedesse nel fatto che le prime erano poste a tutela di pretese che non fondate su un *oportere* civilistico¹³¹.

Tale interpretazione si basa chiaramente sull'unico esempio di *formula ad legis actionem expressa* pervenutoci: l'*actio* con *fictio* 'si pignus captum esset', e parte dal presupposto che tra il *publicanus* e il debitore d'imposta non vi fosse stato un rapporto di natura privatistica, bensì pubblicistica; tale per cui, l'impossessamento della cosa serviva a creare un'obbligazione (*luere debere*) in capo all'esattore delle imposte che, prima di quel momento, non avrebbe avuto alcun diritto azionabile¹³².

Secondo questa interpretazione, la *fictio* aveva ad oggetto l'avvenuto compimento del *modus agendi* proprio della *legis actio per pignoris capionem* e,

actiones sono ancora applicabili, e – dopo la lacuna – delle azioni (formulari, attuali) “*quae ad legis actionem exprimuntur*” nonché di quelle “*sua vi ac potestate constant*”. Il trait d'union tra la parte storica (Gai. 4. 11-29) e quella di diritto vigente (Gai. 4. 31-33) è rappresentato dal paragrafo 30, ancora scritto al passato – e quindi in sé storico – ma dominato dall'idea del passaggio al presente, perché gli istituti di cui si è parlato prima (*legis actiones*) sono considerati nel loro “venire in odio” ed “essere abrogati”. L'ordine seguito da Gaio nella sua esposizione non è di poco conto, perché consente – sin da un primo sguardo – di cogliere come la *fictio* della *pignoris capio* si collocasse in una fase di transizione del processo romano, che si considera ultimata al tempo dell'emanazione della *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

¹³¹ Cfr. M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato* cit., p. 102 ss.; cui aderisce anche F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*» cit., p. 16 s., il quale a tal proposito evidenzia anche che in Gai. 4. 31a-32 si trova una tipologia di *actiones* diversa (da E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 211 detta delle “*fictiae legis actiones*”) da quella contemplata dai §§ 34-38; e perciò afferma: «la vera tematica trattata nei brani gaiani (...) mi sembra essere quella delle *fictiones quae ad legis actionem exprimuntur*. Per dir la verità, nella trattazione gaiana non compaiono *fictiae legis actionis*, ma solo le basi testuali per distinguere sul piano logico – ma, forse, in connessione anche con l'aspetto cronologico – *actiones ficticiae* di stampo, per così dire, legittimo (Gai. 4. 31a-33) da *actiones ficticiae* di stampo edittale (Gai. 4. 34-38). Distinzione che sembra rispecchiare la differenza tra il “sistema” essenzialmente civilistico delle *legis actiones*, da un lato, e quello onorario delle *formulae*, dall'altro: nelle *actiones ficticiae* di stampo edittale le *partes formularum* (l'*intentio*, per l'esattezza) di un'*actio civilis* vengono adattate dal pretore per coordinarle a una *fictio iuris civilis*».

¹³² Cfr. G. PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio*, in *Mélanges Meylan* (Lausanne 1963) I, p. 284, il quale così afferma: «il rapporto avente per oggetto il *vectigal* correva propriamente tra debitori e il *populus romanus* e aveva carattere pubblicistico; il *publicanus* interveniva in quanto assuntore della riscossione conformemente alla concessione fattagli dal censore, il quale con l'apposita *lex censoria* determinava, insieme con gli obblighi, anche i poteri del publicano, compreso quello di esperire la p.c. contro i contribuenti inadempienti; ma non si vede perché questo rapporto derivato, che vincolava i contribuenti al publicano, dovesse assumere natura privatistica e rientrare addirittura fra le *obligationes*, dal momento che il publicano prendeva semplicemente in esso il posto del *populus romanus*».

quindi, più nello specifico, consisteva nella falsa supposizione dell'avvenuto impossessamento del pegno e della pronuncia dei *certa verba*¹³³.

Per mezzo della finzione che la *pignoris capio* fosse stata compiuta, il debitore non veniva condannato al pagamento del *vectigal*, bensì alla somma che sarebbe stata necessaria per riscattare il pegno.

In questo modo, si realizzava una sorta di *solve et repete* a favore del *publicanus*, il quale – proprio in virtù della finzione – sarebbe stato esonerato dal provare il rapporto sottostante.

L'attore, infatti, per mezzo dell'*actio ficticia* - senza nemmeno provare l'esistenza del debito - poteva ottenere una condanna ad una somma che il convenuto non poteva neppure contestare; con la conseguenza che al debitore sarebbe rimasta l'unica alternativa di esperire una nuova azione contro il *publicanus*, al fine di ottenere il recupero della somma precedentemente corrisposta¹³⁴.

Secondo questa dottrina, la *formula* sarebbe stata costruita per mezzo della *demonstratio*, nella quale veniva indicato l'ammontare del *vectigal*¹³⁵, e della *condemnatio*, alla somma necessaria a riscattare il pegno¹³⁶.

Più di recente, però, è stata anche prospettata la possibilità che l'*actio ficticia* fosse dotata di un'*intentio*, del tipo «*Si paret Num Num Ao Ao redemptori vectigal*

¹³³ Cfr., tra tutti, E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 214 s.; ID. *Le «actiones quae ad legis actionem exprimuntur» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par les romanistes»*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di A. Biscardi*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, p. 9 ss.

¹³⁴ Cfr. G. PUGLIESE, *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei publicani* cit., p. 412 ss. *Contra* F. DE MARTINO, *La storia dei publicani e gli scritti dei giuristi* cit., p. 9 ss.; e M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato* cit., p. 108 s., il quale limitatamente a quest'ultimo profilo rifiuta la tesi di Pugliese.

¹³⁵ Cfr. G. PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio* cit., p. 7 s.; ID. *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei publicani e Gai. 4, 32*, in *Collatio iuris romani. Études H. Ankum* (Amsterdam 1995) 2, p. 414. Mentre, F. DE MARTINO, *La storia dei publicani e gli scritti dei giuristi*, in *Labeo*, 1993, 39.1, p. 11, afferma che nella *demonstratio* andava più precisamente indicato il fatto che dava origine alla pretesa dell'attore.

¹³⁶ Che, secondo G. PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio* cit., p. 3, era pari all'ammontare del *vectigal*; invece, a parere di F. DE MARTINO, *La storia dei publicani e gli scritti dei giuristi* cit., p. 10 s., era una somma genericamente superiore.

non solvisse rell. (o passivamente: *si paret vectigal a No No Ao Ao redemptori solutum non esse rell.*)»¹³⁷

Questa ricostruzione - sebbene possa astrattamente apparire persuasiva - si scontra, invero, con la testimonianza offerta dalla *lex agraria* del 111 a.C.:

l. 37: ...[*Sei quid publicanus eius rei causa sibi deberi*] *darive oportere deficat, de ea re consul prove consul praetor prove praetore...*

in cui il rapporto tra pubblicani e debitori di *vectigal* o *scriptura* viene definito espressamente nei termini di un *dare oportere* ('*deberi darive oportere*'). Non ha, infatti, rilevanza, ai nostri fini, che la *lex* non contenga un espresso riferimento alla *pignoris capio*¹³⁸. Questo dato non appare un motivo valido per escludere che vi fosse tra le parti un rapporto obbligatorio civilistico, come più di recente ha giustamente sottolineato Maganzani, la quale afferma: «non vedo ragione per negare in linea di principio la possibilità che il rapporto debito-credito fra *publicanus* e debitore d'imposta attestato dalla *Lex agraria* si possa riferire, almeno da una certa epoca, cioè in piena vigenza del processo formulare, ad altri casi di esazione tributaria, senza fra l'altro alterare o sminuire l'interesse pubblico sotteso alla percezione dei *vectigalia* da parte delle *societates publicanorum*»¹³⁹.

Assodato, quindi, che, in verità, era probabilmente configurabile un rapporto obbligatorio civilistico tra l'esattore e il debitore d'imposta, perde di validità la tesi di Pugliese, che, invece, considera la *fictio* della *pignoris capio* necessaria a fondare la pretesa del *publicanus* nei confronti del debitore d'imposta; e, parimenti,

¹³⁷ Cfr. M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato* cit., p. 113 nt. 97, il quale a tal proposito afferma che: «Non risulta, del resto, impossibile ricostruire la *formula ficticia* con un'*intentio* al *Si paret*, come nell'*actio Publiciana* (...) alla quale si facesse seguire una *condemnatio* (...). È vero che, ad una simile *formula*, si potrebbe obiettare che non era indispensabile la *fictio pignoris capionis*, perché il giudice venisse autorizzato a condannare al *vectigal* non pagato, ma un'analoga obiezione potrebbe farsi per l'*actio Publiciana*».

¹³⁸ Cfr. G. PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio* cit., p. 285, secondo cui il fatto che la *lex agraria* non menzioni la *pignoris capio*, sarebbe di per sé sufficiente ad escludere l'esistenza di un rapporto privatistico tra *publicanus* e debitore d'imposta.

¹³⁹ Cfr. L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta* cit., p. 20 s. e p. 70 s.

viene meno l'ipotesi di coloro i quali ritengono che l'oggetto della finzione fosse proprio il compimento della *legis actio per pignoris capionem*¹⁴⁰.

Quest'ultimi, tra l'altro, partendo dal presupposto che la *fictionis* avesse avuto come contenuto la presa di pegno e la pronuncia dei *verba* ad essa correlati, hanno variamente tentato di ricostruire quella parte di testo mancante che separa i passi 31a e 33 e che, eloquentemente, si apre con la precisazione: '*nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimuntur*'; lasciando, così, intendere che il brano illeggibile contenesse l'elencazione delle *fictiones* degli altri *modi agendi* del *lege agere*¹⁴¹. Così, in particolare, Biscardi¹⁴² ha ipotizzato che tra le *formulae ad legis actiones expressae* vi fosse quella dell'*actio iudicati*, che avrebbe potuto contenere la *fictionis* della *legis actio per manus iniunctionem*, allo scopo di consentire all'attore di ottenere più celermente una condanna *in duplum* a carico del convenuto che avesse negato l'esistenza del *debitum iudicati*.

L'autore immagina, inoltre, che avrebbero potuto essere costruite anche delle *formulae* contenenti delle *fictiones* della *legis actio sacramenti* e della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: «nel primo caso una *formula* del genere avrebbe potuto conservare in vita l'effetto sanzionatorio di una penalità a carico del soccombente (*summa sacramenti*), garantendo così a ciascuno dei litiganti la possibilità di reprimere adeguatamente la temerarietà dell'avversario»¹⁴³, nel secondo caso, invece - «se la ricostruzione, generalmente accolta, della *demonstratio* delle azioni divisorie è fondata» - in essa si allude «ad un fatto meramente processuale, la *postulatio iudicis*. Ora tenendo conto che le parti, anche in un giudizio divisorio, non si limitavano a postulare un *iudex*, ma chiedevano

¹⁴⁰ Così, L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta* cit., p. 22, criticando le tesi di: A. BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulaires 'quae ad legis actionem exprimuntur'*, in *TR*, 1953, 21, p. 312; ID. *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1968) p. 151 e p. 171; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 214 s.; ID. *Le «actiones quae ad legis actionem exprimuntur» in Gaio* cit., p. 9 ss.; e M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato* cit., p. 102 ss. e p. 253 ss.

¹⁴¹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, *Breviarium iuris romani* (Milano 1984), p. 159 nt. 1: «nella pagina mancante Gaio ha certamente parlato di azioni formulari fondate sulla *fictionis* del compimento di una *legis actio*: benché dall'ultima riga della pagina precedente e dalle prime della seguente sembri risultare che abbia discorso soltanto della finzione relativa alla *pignoris capio*, dal § 33 si deduce che l'indagine si è estesa anche alle altre *legis actiones*, ad esclusione della sola *condictio*».

¹⁴² Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano* cit., p. 185 s.

¹⁴³ Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico* cit., p. 188.

sempre un *iudicium* (cfr. *lex Rubria XXIII*, 51-57), si potrebbe essere indotti a ritenere che quella esplicita menzione della *postulatio iudicis* altro non fosse, nella sua singolarità, se non il ricordo di una primitiva *fictio legis actionis*. Il motivo di opportunità che avrebbe potuto giustificare il ricorso ad una tale *fictio* potrebbe infatti rintracciarsi nel vantaggio, che una formula così redatta avrebbe offerto, di evitare ogni cristallizzazione di pretese, facilitando in tal modo al giudice il compito di addivenire, nell'interesse delle parti, ad una congrua divisione della cosa comune»¹⁴⁴.

Allo stesso modo, Talamanca, appare possibilista circa l'esistenza di una *fictio manus iniectio*: la *lex*, infatti, si limitava solamente a prevedere i casi in cui era possibile agire con la *manus iniectio*¹⁴⁵, con la conseguenza che a questo *modus agendi* non corrispondeva un *oportere* sulla base del quale il pretore avrebbe potuto costruire la *formula* di un' *actio quae sua vi ac potestate constat*¹⁴⁶.

Di diverso avviso è, invece, Bianchi, il quale ritiene che la lacuna andrebbe colmata con l'esemplificazione delle altre applicazioni della *ficta pignoris capio* (corrispondenti alle varie ipotesi in cui poteva essere esperita la *legis actio per pignoris capionem*) e, ancora, che il passo 33: '*Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimuntur*', andrebbe coordinato con il § 18: '*nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit*'. Sulla base di entrambi i passi, l'autore afferma che il termine *condictio* equivale a *denuntiatio*; con la conseguenza che

¹⁴⁴ Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico* cit., p. 189 s.

¹⁴⁵ Cfr. Gai. 4. 21: *Per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum.*

¹⁴⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato* cit., p. 124 ss. e p. 132 s., in cui lo studioso, a proposito dell'ipotesi di Biscardi circa l'esistenza di una *fictio* della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, così afferma: «in uno scenario molto lontano da quello qui proposto, è stata trovata una traccia per una *fictio* della *iudicis arbitrive postulatio* nella *demonstratio* delle formule divisorie, la quale sarebbe stata sostituita ad una primitiva *fictio*. Nelle precisazioni che l'accompagnavano, si trattava di un'ipotesi inaccettabile, soprattutto in ordine alla congettura di un'evoluzione storica per cui, in un primo momento, nelle azioni divisorie si sarebbe trovata al posto della *demonstratio* una *fictio legis actionis*. Essa fornisce comunque un punto di partenza per avanzare una congettura sul modo in cui Gaio aveva inserito, nel § 31a, la *iudicis arbitrive postulatio* almeno fra le *legis actiones, ad quas* – si potrebbe dire – *formulae quaedam exprimuntur*. Nei *iudicia* divisoria, infatti, non si fa valere, in termini moderni, un diritto soggettivo sul piano civilistico, in termini romani un *oportere* o un *meum esse*. Al momento in cui, nelle XII Tavole, il *modus agendi per (iudicis) arbitri(ve) postulationem* venne ammesso per la divisione dell'eredità, non v'era altro fondamento per tale applicazione che questa previsione legislativa, con la quale non era sancito un *meum esse* od un *oportere*, onde non si veniva configurando la relativa *actio* in senso sostanziale (...) Mancava, dunque, un' *actio quae sua vi ac potestate constat*».

Gaio nel § 33 ha voluto solo ricordare che la *denuntiatio* non è più contemplata nel processo formulare, per cui, il fondamento delle *actiones in personam* nella cui *intentio* è contenuto un *pecunia aut rem aliquam nobis dare oportere*, nel mutato contesto processuale, non andrebbe ricercato in una *fictio conditionis–denuntiationis* corrispondente al sistema delle *legis actiones*, ma in una autonoma *vis ac potestas*¹⁴⁷. Quest'ultima teoria sembra, però, che sia rimasta una voce isolata in dottrina.

Invero, il contenuto della lacuna andrebbe rivisto in base ai risultati conseguiti più di recente dallo studio di Maganzani¹⁴⁸, la quale, avallando una teoria di Cannata¹⁴⁹ - secondo cui Gaio, dopo aver fatto cenno alla *legis actio damni infecti* e al *iudicium centumvirale*, avrebbe affermato «all'inizio del paragrafo 31a, che gli interpreti della *lex Iulia* nutrono qualche dubbio sulla sopravvivenza della *pignoris capio*, ma pervennero comunque ad adottare la soluzione negativa» - evidenzia come sia più probabile che il giurista «abbia qui ricordato che la *pignoris capio*, pur essendo ancora praticata, non era da considerare, anch'essa, un'eccezione all'abrogazione delle *legis actiones*, perché era ormai priva dei requisiti formali che ad alcuni giuristi apparivano i soli elementi atti ad attribuire a mezzo giudiziario la qualifica di *legis actio*». L'autrice giunge a tale deduzione, attraverso l'esegesi di alcune testimonianze, di cui la prima è contenuta nelle Verrine:

Cic. Verr. 2. 3. 11. 27: *Cum omnibus in aliis vectigalibus Asiae, Macedoniae, Hispaniae, Galliae, Africae, Sardiniae, ipsius Italiae quae vectigalia sunt, cum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor ac (o out) pignerator, non ereptor neque possessor soleat esse, tu de optimo, de iustissimo, de honestissimo genere hominum, hoc est de aratoribus, ea iura constituebas quae omnibus aliis essent contraria. Utrum est aequius, decumanum petere an aratorem repetere? Iudicium integra re an perdita fieri? Eum qui manu quaesierit, an eum qui digito sit licitus possidere?...*

¹⁴⁷ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 207 ss.; ID. *Le «actiones quae ad legis actionem exprimuntur» in Gaio* cit., p. 15 s.

¹⁴⁸ Cfr. L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta* cit., p. 44 s.

¹⁴⁹ Cfr. C. A. CANNATA, *Introduzione ad una rilettura di Gai. 4. 30-33* cit., p. 1873 s.

Nel passo Cicerone ci rende noto che, mentre nelle province d'Asia, Macedonia, Spagna, Gallia, Africa, Sardegna e Italia, il *publicanus* è *petitor* e (oppure o) *pignerator*, in Sicilia, dopo gli interventi di Verre, il decumano è invece *ereptor* e *possessor*. Partendo da questo dato, si può immaginare che – quantomeno per un certo periodo di tempo – gli strumenti dell'*actio* con *fictio* 'si *pignus captum esset*' e della *legis actio per pignoris capionem* furono alternativi; ma tale notizia, afferma Maganzani, potrebbe sembrare in contrasto con quanto affermato in Gai. 4. 32, da cui sembrerebbe che l'*actio formulare* non sia coesistita con la *pignoris capio*, come parrebbe desumersi dall'uso dell'avverbio '*olim*' che farebbe riferimento ad un *modus agendi* non più in uso¹⁵⁰.

Eppure, quanto attestato da Cicerone nel 70 a.C., circa la coesistenza di entrambe le forme di tutela (l'*actio* e la *pignoris capio*) trova una conferma nella seconda testimonianza pervenuteci: la *lex portus Asiae*, contenuta nel *Monumentum Ephesenum*. Tale *lex* è composta da un testo base, risalente probabilmente al 75 a.C., dettato dai consoli Lucio Ottavio e Caio Aurelio Cotta, e da una serie di "aggiunzioni" comprese tra il 72 (o il 70 a.C.) e il 62 d.C. Si tratta di una testimonianza che sembra riportare una *lex censoria*, piuttosto che una *lex publica*, destinata a disciplinare i traffici della provincia d'Asia e degli altri territori orientali.

Il documento, in alcuni passi, menziona con chiarezza il potere di ἐνεχύρου λήψις, da intendersi come potere di *pignoris capio*, e lo accosta a quello di ἀγωγή, ossia di *actio*, spettante ai pubblicani:

§ 37, ll. 85-87: ἰὸ τε ἂν ἐξ ἐκείνης τῆς χώρας ἢ τῆς πόλεως, ἧς πολιτείας αὐτὸς οὐτὸς οὐκ ἔσται, [κυκλεύων εἰσά]γη εἰσκομίσει, ἀπογραφέσθω καὶ ὑπὲρ τούτου τέλος διδόναι ὀφειλέτω καὶ τοῦτου τοῦ πράγματος ὡσπερ τῶν λοιπῶν πραγμάτων ἀγωγή καὶ ἐνεχύρου λήψις ἔστω.

Dal brano si apprende che una persona doveva dichiarare ciò che importava e ciò che esportava da un luogo o da una città di cui non aveva la cittadinanza, oltre che pagarne il dazio; e che fronte di queste ipotesi veniva dato un potere di azione e di *pignoris capio*.

¹⁵⁰ Cfr. L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta* cit., p. 29.

Uguualmente, nel successivo § 38:

Il. 87 ss.: ὁ ἄν τις κατὰ τοῦτον τὸν νόμον ἀπογράψηται, κατὰ τὴν, τείμησιν τοῦ πράγματος τούτου τῶι τελώνη τέλος εὐλυντεῖτω{ι}. ἔὰν οὕτως μὴ ποιήσῃ, τῶ διπλῶ [τέλος διδó]τω, καί τοῦπραγματος τούτου τῶι τελώνη ἀγογή{ι} καὶ ἐνεχύρου λῆψις ἔστω,

in cui, dopo aver ricordato che sussisteva un obbligo di pagare il dazio in base alla dichiarazione fatta, viene disposto che, in caso di violazione di tale obbligo, spetta all'esattore un potere di *actio* e di *pignoris capio*.

Dal documento può, quindi, desumersi - con un certo margine di sicurezza - che i due poteri furono alternativi, nel senso che i pubblicani poterono avvalersi del potere di *pignoris capio*¹⁵¹, anche quando, nel contesto dell'*agere per formulas*, venne introdotta l'*actio ficticia*¹⁵².

Riconoscendo l'alternatività di tali forme di tutela, la Maganzani ha anche sottolineato quali potessero essere i criteri per il loro utilizzo e, quindi, quale fu la funzione di entrambi, affermando che: «in caso di inadempimento, dopo l'introduzione dell'*actio ficticia*', il *publicanus* aveva l'alternativa fra pignorare, scegliendo personalmente il pegno di cui, nell'ipotesi di mancato riscatto, sarebbe divenuto proprietario, e agire in giudizio ottenendo direttamente una condanna pecuniaria a suo favore. Il primo mezzo aveva il vantaggio di consentire al pubblicano di prelevare, come pegno, un bene di valore maggiore rispetto all'ammontare del credito, cautelandosi di fronte all'ipotesi di mancato riscatto... il secondo mezzo sottoponeva a controllo giudiziale la legittimità della pretesa del pubblicano ma, oltre a cautelarlo di fronte all'ipotesi dell'assenza di beni da pignorare, scansava il rischio di un'azione successiva da parte del contribuente»¹⁵³.

¹⁵¹ Ritiene, invece, che la *pignoris capio* di cui si parla nella *lex portus Asiae*, fosse proprio la *legis actio per pignoris capionem* cui fa riferimento Gaio, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lex portus Asiae. Un nuovo documento sull'appalto delle imposte*, in *Rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica Torino 17-19 ottobre 1994* (Napoli 1996), 22, p. 65, il quale così afferma: «la *pignoris capio* che la *lex portus* accorda al pubblicano sembra proprio quell'anomala e discussa *legis actio* che Gaio ricorda come obsoleta: l'ultima clausola che la nomina è del 2 a.C.».

¹⁵² Non si trattava però della *legis actio per pignoris capionem*, come sottolineato in L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta* cit., p. 42 nt. 118

¹⁵³ Cfr. L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta* cit., p. 40.

Questa interpretazione appare convincente e, a ben guardare, induce a collocare ancora più indietro - sicuramente in data anteriore a quella in cui Cicerone scrive - la creazione della *fictio* 'si pignus captum esset' e, più in generale, di tutte le *actiones ficticiae* .

I.10 L'apporto creativo del pretore nel perseguimento dell' *aequitas* .

Dall'analisi delle *Institutiones* di Gaio, si evince con chiarezza che l'espedito processuale della *fictio* risulta connesso all'evoluzione storico-giuridica dell' *agere* romano e, più precisamente, a quella delicata fase di passaggio dal *lege agere* all' *agere per formulas* che, ad un certo punto, dovette apparire ai Romani imprescindibile.

Ciò in quanto, in seguito all'istituzionalizzazione della funzione magistratuale di *iurisdictio* in capo al primo *praetor* , avvenuta nel 367 a.C.¹⁵⁴, e l'affiancamento a questi, nel 242 a.C., di un secondo pretore, che, in prosieguo di tempo, fu denominato *praetor peregrinus* , si assistette ad una progressiva evoluzione del sistema processuale scandita da due interventi legislativi: il primo attuato con una *lex Aebutia* - che dalla romanistica viene in genere ricondotta all'incirca alla metà o tutt'al più alla fine del II sec. a. C. - in virtù della quale l' *agere per formulas* venne riconosciuto quale modo di agire in giudizio alternativo e concorrenziale al *lege agere* ; e, il secondo, voluto dall'imperatore Augusto, il quale, con le *leges Iuliae iudicariae* del 17 a. C., sancì il definitivo transito dall'uno all'altro sistema processuale¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Nascita ed evoluzione della iurisdictio* (Catania 2012) p. 1 ss.

¹⁵⁵ Invero il tema della portata della *lex Aebutia* - e di quali fossero i rapporti tra questa e la *leges Iuliae iudicariae* - ha impegnato (e continua ad impegnare) la romanistica da lungo tempo ormai; la causa va ravvisata nella scarsità di fonti che vi fanno riferimento. Della *lex Aebutia* , infatti, si trova qualche traccia soltanto in Gai. 4. 30: *...Itaque per legem Aebutia et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus* ; e in Gell. *Noctes att.* 16. 10. 8: *«Sed enim cum «proletarii» et «adsidui» et «sanates» et «vades» et «subvades» et «viginti quinque asses» et «taliones», furtorumque quaestio «cum lance et lici» o evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviraliu causarum, lege Aebutia lata, consopita sit...* È altamente probabile che siffatto intervento legislativo risalga al II sec. a. C., perché di esso non parlano le altre fonti che, per contro, fanno esclusivo riferimento alle *leges Iuliae* . Questo dato induce a credere che la *lex Aebutia* fosse di gran lunga anteriore a quest'ultime, poiché - se così non fosse - non si spiegherebbe il silenzio di Cicerone. D'altronde, casi di utilizzo delle *legis actiones* sono attestati ancora nel I sec. a.C., quando la *lex*

Tali interventi legislativi, però, segnarono soltanto delle tappe salienti di un processo evolutivo che, in verità, era già iniziato tempo addietro, grazie all'opera rivelatasi determinante (sia dal punto di vista procedurale che sostanziale) del pretore, il quale, avvalendosi del potere di *imperium* - di cui era costituzionalmente investito, e di cui la *iurisdictio* costituiva solo una più ridotta estrinsecazione¹⁵⁶ - diede vita ad un nuovo procedimento che, sebbene non si ponesse in aperto contrasto con l'originario diritto della *civitas*, si sviluppava su un piano diverso, al di fuori del *ius civile* e, per tale motivo, rimaneva *iure civili* irrilevante. Il potere di *imperium*, quindi, inteso come sommo potere attribuito ai magistrati dal *populus Romanus*, attribuiva al pretore una grande discrezionalità nell'amministrazione della giustizia e lo legittimava a dar luogo ad un nuovo *iudicium* che, proprio in ragione del potere dal quale promanava, viene dalle fonti ricordato come *iudicium quod imperio continetur*¹⁵⁷.

Il nome del più recente sistema procedurale si deve all'utilizzo della *formula* che, essendo una *conceptio verborum*, era costruita sulla base di parole di volta in volta concordate tra le parti e consentiva l'inserimento di *exceptiones*, *praescriptiones*, *arbitria de restituendo* ed altri strumenti volti a correggere le *iniquitates* cui avrebbe condotto l'applicazione dei principi di *ius civile* e ad accordare una protezione il più possibile rispondente alle esigenze del caso concreto. La *formula*, rese possibile il rinnovamento del sistema giuridico romano, non soltanto sotto il profilo propriamente processuale, ma anche dal punto di vista sostanziale, in armonia con la concezione giuridica romana più risalente nel tempo, secondo la quale la tutela processuale logicamente precede e determina

Aebutia era già stata emanata; ne discende quindi che probabilmente la *lex* - la quale diede un primo colpo al sistema del *lege agere* - non sopresse le *legis actiones*, bensì legittimò il ricorso all'*agere per formulas* anche per casi tutelabili attraverso le *legis actiones*, con la conseguenza che per i rapporti tutelati dal *ius civile* ci si potè avvalere, in via alternativa e concorrenziale, sia delle *lege agere* sia dell'*agere per formulas*, cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare* (Milano 1963) II, p. 19 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 143; e M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato* cit., p. 63 ss.

¹⁵⁶ Cfr. L. BOVE, «*Imperium*», in *NNDI* (Torino 1957) VIII, p. 209 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, p. 118 s.; e G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano* (Torino 1965) p. 274 s.;

¹⁵⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare* cit., I, p. 22 ss.; G. GROSSO, *Lezioni di storia* cit., p. 275; e G. NICOSIA, *La distinzione tra iudicia legitima e quae imperio continentur e la sua rilevanza in ordine agli effetti estintivi* cit., p. 393 ss.

l'affermazione del diritto sostanziale, inteso come diritto oggettivo, in correlazione al quale, successivamente, vennero individuati i diritti soggettivi¹⁵⁸.

Accadeva, ad esempio, che con riferimento ad una fattispecie per la quale non spettava tutela *iure civili*, il pretore poteva *dare actionem* (attraverso la promessa "*iudicium dabo*" contenuta nell'editto) oppure *denegare actionem*; allo stesso modo, nel decidere di concedere tutela a pretese che non avevano fondamento *iure civili*, egli come creava *formulae in factum conceptae*, definite così perché nell'*intentio* contenevano un riferimento alla fattispecie "*id quod factum est*", così altre volte modificava, appunto, una *formula in ius concepta* attraverso l'introduzione della *fictionis* in un'*intentio iuris civilis*, imponendo, così, al giudice di considerare (o meglio, di 'fingere') come esistente una circostanza che in realtà non si era avverata, ma che costituiva presupposto indispensabile per ottenere tutela in base al *ius civile*, oppure, viceversa, di considerare come non avvenuto un fatto che in verità si era verificato e che, proprio per questo, avrebbe impedito di ricevere tutela *iure civili*¹⁵⁹.

È proprio in tale mutato contesto processuale che si afferma un espediente come la *fictionis*, così invasivo sul piano della realtà fattuale, da poter essere legittimato solo da un potere forte - quale era l'*imperium* magistratuale - direttamente derivante dal *populus Romanus*¹⁶⁰.

Ne costituisce una prova il fatto che l'argomento delle *fictiones* viene affrontato da Gaio sunto dopo aver ricordato i motivi del declino delle *legis*

¹⁵⁸ Cfr. G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano* cit., p. 127 s.; e G. PUGLIESE, «Azione», in *NNDI* (Torino 1966) II, p. 27 s., il quale specifica che «L'*actio* non era l'equivalente di ciò che diciamo pretesa o diritto soggettivo, ma piuttosto stava al posto del diritto soggettivo, nel senso che i Romani, anziché parlare il linguaggio dei diritti, usavano preferibilmente quello delle *actiones*»; nonché A. CASTRO SÁENZ, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: bonorum possessio e in bonis habere*, in *RIDA* 2000, 47, p. 210 ss., il quale, con riferimento all'*actio* con *fictionis* 'si... heres esset' e all'*actio Publiciana*, sottolinea che il pretore, a fronte del caso sottopostogli nella prassi, accordava tutela giuridica attraverso le *actiones ficticiae*, le quali, in questo modo, consentirono l'oggettivarsi del diritto sostanziale.

¹⁵⁹ Sulla soggezione del *iudex* ai termini imposti dal pretore attraverso la predisposizione della *formula* cfr. C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano* (Torino 1914) p. 174 ss.

¹⁶⁰ Cfr., tra tutti, M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano* cit., p. 305 ss.; ID. *De nuevo sobre las supuestas ficciones jurisprudenciales*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli 2001) IV, p. 53 s.

actiones e i provvedimenti che ne determinarono la definitiva abolizione, e appena prima di procedere alla spiegazione della struttura delle *formulae*¹⁶¹.

In questa fase evolutiva e di transizione del sistema processuale romano, dunque, si colloca la *fictio*, che ebbe un ruolo cruciale nel permettere il passaggio dal *lege agere* all' *agere per formulas*¹⁶², poiché se da un lato consentiva al *praetor* di rispettare l'antica tradizione del *ius civile* e lo spiccato formalismo che accompagnava il sistema processuale delle origini¹⁶³, dall'altro, gli rendeva possibile fronteggiare l'esigenza, divenuta impellente a quel punto della storia di Roma, di perseguire l' *aequitas* attraverso la concessione di una tutela giuridica sempre più rispondente alle mutate necessità socio-economiche del periodo. Il

¹⁶¹ Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio* cit., p. 104 ss.

¹⁶² Cfr. S. RICCOBONO, *Formulae ficticiae. A normal means of creating new law*, in *TR*, 1929, 9, p. 1 ss.

¹⁶³ Sul formalismo processuale e sul significato del termine *actio*, cfr. G. PUGLIESE, *«Azione»* cit., p. 24 s., il quale sottolinea come la parola *actio* contenesse un intrinseco riferimento al formalismo verbale: «L'uso di *actio* nel linguaggio giuridico si ricollega probabilmente all'accezione, secondo cui la parola indicava, non un agire qualsiasi, ma un agire secondo determinate formalità e con la recitazione di formule predisposte. Possiamo in verità constatare che, mentre *agere* significava agire secondo date regole formali, in ispecie "compiere i riti del sacrificio", "recitare in teatro", "svolgere le proprie ragioni in giudizio" (cfr. Paul. *Fest.*, 21. 1: *ago significat... verbis indicare, ut cum dicimus: causam ago*), così *actio* era particolarmente un atto o un complesso di atti verbali oppure il formulario all'uopo studiato... allo stesso modo che per i vari autori letterari era *actio* anche la recitazione teatrale» e che «rimane dunque più probabile che, anche nel senso ora contemplato, ossia in quello che modernamente diremmo processuale, *actio* alludesse alla ritualità e in ispecie al formalismo orale, attraverso cui in origine si facevano valere le proprie ragioni». Cfr. anche G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano* (Torino 1948) p. 134 ss., ove si legge: «vogliamo ora particolarmente sottolineare il significato e valore che aveva il rigoroso formalismo che dominava nel più antico diritto romano tutti gli atti della vita giuridica, formalismo che talvolta potrebbe, ad un osservatore superficiale, sembrare un innocuo gioco di burattini, che invece aveva una sua logica coerenza, e la forza di tradurre in forme plastiche i fondamentali problemi del diritto. È questa una caratteristica che noi troviamo in quella fase arcaica a cui si confà la qualifica di primitiva; il bisogno di una concretezza, di una raffigurazione plastica, traduce nella sua esplicazione la capacità di esprimere in questi termini l'impostazione dei concetti e problemi giuridici. Noi oggi impostiamo questi concetti e problemi fondamentali del diritto come problemi generali e astratti; e spesso ci occorrono lunghe e difficili disquisizioni per mostrarne lo sviluppo e la prospettiva storica. Gli antichi romani, che non sono propensi alle astrazioni, vivono questi problemi e questi concetti in modo del tutto semplice e spontaneo, e sentono il bisogno di esprimerli in termini concreti» e ancora con riferimento al formalismo processuale che dal processo *per legis actiones* si è trasmesso all' *agere per formulas*: «certi elementi fondamentali, come la divisione nei due stadi, *in iure* e *apud iudicem*, e la qualifica che al processo dà la posizione e il significato della partecipazione delle parti, rappresentano una continuità nella storia del processo romano, pur nelle profonde differenze tra le due fasi storiche. Ma di questi elementi e caratteri noi cogliamo la pienezza della ragion d'essere proprio rifacendoci alle forme del più antico cerimoniale. E così in questo cerimoniale delle azioni, nella plasticità delle forme e dei simboli, noi cogliamo anche il concetto del diritto sostanziale che si fa valere. P. es. l'imposizione della festuca, la opposizione di *vindcatio* e *contravindicatio*, la *addictio*, in casi di assenza di questa, la interrogazione del vindicante al contravindicante, qualifica, col carattere della *vindicatio* primitiva, anche la posizione del diritto reale nei confronti dei terzi».

perseguimento dell'*aequitas*, infatti, costituì la spinta verso l'adozione di soluzioni più opportune al caso concreto che, in prosieguo di tempo, si trasformarono in diritto consolidato¹⁶⁴. E, proprio perché la *fictio* si colloca in una fase in cui il nuovo sistema processuale dell'*agere per formulas* era ancora in nuce è da credere che il primo che lo introdusse e se ne servì fu il primo *praetor* per la risoluzione delle controversie *inter cives* o *inter cives et peregrinos*¹⁶⁵. D'altronde, è anche plausibile che il rispetto dell'antica tradizione processuale, reso possibile dall'uso della *fictio* di una *legis actio* (si pensi in particolare alla *ficta pignoris capio*) sia stato in un primo momento - prima ancora dell'istituzionalizzazione della funzione di *iurisdictio* del pretore - il modo più semplice per far accettare dal punto di vista socio-giuridico il cambiamento del sistema processuale poiché, in sostanza, permetteva di innovare il sistema processuale, mantendendo (anche solo dal punto di vista formale) l'antica tradizione del *ius civile*, di cui il *lege agere* era espressione.

L'utilizzo della *fictio*, in definitiva, permise di dare una risposta, nella fase di transizione tra il processo *per legis actiones* e il più recente *agere per formulas*, a rinnovate esigenze insorte nella prassi; e le *fictiones* descritte nelle *Institutiones* di Gaio ai passi 4. 31a-38 rendono bene l'idea di come il passaggio dall'uno all'altro sistema processuale - accompagnato dal parallelo sviluppo del diritto sostanziale con la creazione del *ius honorarium* - sia avvenuto in maniera graduale, dapprima con l'intento di *adiuvare* l'applicazione del *ius civile* (si pensi alle prime applicazioni della *fictio* '*si... heres esset*') e in seguito correggendone l'applicazione al fine di supplire a quei vuoti normativi resisi col tempo intollerabili (si pensi all'*actio* con *fictio rescissa capitis deminutione* e all'evoluzione che ebbe la disciplina sulla responsabilità dell'*adrogatus* o della

¹⁶⁴ Il concetto di *aequitas* nel diritto romano può sembrare evanescente ma risulta determinante per la comprensione dell'intera evoluzione del *ius*. Tale concetto è possibile che i Romani l'abbiano carpito dalla filosofia greca, anche se nella cultura giuridica romana non è facile riscontrare una vera e propria teorizzazione di tale principio, cfr. A. GUARINO, «Equità», in *NDI* (Torino 1957) I¹ p. 619 s. Sull'uso della *fictio* come strumento funzionale al perseguimento dell'*aequitas* cfr. F. TODESCANA, *Diritto e realtà* cit., p. 81 ss.; mentre, per un'analisi del concetto di equità che tenga conto dei profili comparatistici tra diritto romano e sistemi di *common law*, cfr. W. W. BUKKLAND, *Equity in Roman law* (Londra 1911) p. 1 ss.

¹⁶⁵ Sull'esercizio della *iurisdictio inter cives et peregrinos* da parte del *praetor urbanus* cfr. G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo praetor alla autonomizzazione della iurisdictio peregrina* cit., 2015, p. 8.

donna caduta *in manu mariti*), il tutto in linea con la testimonianza di Papiniano: *...Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam...*¹⁶⁶, ove il riferimento alla pubblica utilità ben si applica alle *fictiones* che, a ben guardare, erano poste a tutela di interessi che prescindevano dal singolo attore, rispondendo ad una logica più ampia. Si pensi, ad esempio, alla *fictio 'si... heres esset'*, che venendo concessa al *bonorum possessor*, finiva per correggere il sistema successorio di *ius civile*; alla *fictio civitatis*, che consentiva di agire e convenire in giudizio anche i *peregrini* coi quali i Romani si relazionavano sempre più spesso; e, persino, alla *fictio dell'actio Publiciana*, che fingendo la *usucapio* rispondeva all'esigenza di garantire la certezza nell'acquisto della proprietà.

I.11 Analisi del rapporto esistente tra le *actiones ficticiae* e le *actiones utiles*.

Una volta acquisita una certa consapevolezza sull'uso processuale che fecero i Romani dell'espedito della *fictio*, si può affrontare la complessa problematica di quale fosse il rapporto tra le *actiones ficticiae* e le *actiones utiles*.

La problematica scaturisce principalmente dal fatto che Gaio definisce l'*actio* contenente la *fictio rescissa capitis deminutione* come '*utilis*':

Gai. 4. 38: *Preterea aliquando fingitur adversarium nostrum capite deminutum non esse: nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*

Nel brano – come si è già avuto modo di vedere¹⁶⁷ - il giurista spiega l'operare dell'*actio 'in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse'*, con la quale si fingeva non avvenuta la *capitis deminutio* della controparte debitrice che, in verità, aveva subito una *coemptio* o un'*adrogatio* e che, quindi, essendo

¹⁶⁶ D. 1. 1. 7 (Pap. 2 *def.*).

¹⁶⁷ Vd. § 8 di questo cap.

divenuta *alieni iuris*, non avrebbe potuto rispondere dei debiti in base al *ius civile*. Al fine di evitare che il creditore venisse pregiudicato nel suo diritto, il pretore concedeva un'azione utile, funzionale ad ottenere il pagamento del debito.

Similmente, nel libro terzo, a chiusura dell'esposizione del diritto ereditario, Gaio fa riferimento, ancora una volta, all'*actio rescissa capitis deminutione* definendola '*utilis*':

Gai. 3. 84: *Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeque in manum convenit, non transit ad coëmptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit: tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coëmptionator heres fit, directo tenetur iure; is vero, qui se adoptandum dedit quaeque in manum convenit, desinit esse heres. De eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coëmptionator, et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit quaequae in manum convenit, maneat obligatus obligataque, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione; et si adversus hanc actionem non defendatur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.*

Il giurista spiega, infatti, né il *pater adoptivus* né il *coëmptionator* subentravano nei debiti personali dell'adottato o della donna convenuta *in manum*, ma rispondevano delle obbligazioni di un'eredità che fosse già stata acquistata, perché, in questo caso, sia il *pater adoptivus* che il *coëmptionator* diventavano eredi. Delle obbligazioni personali invece rispondevano gli *alieno iuri subiecti* proprio perché era concessa contro di loro un'*actio utilis rescissa capitis deminutione*.

Le due testimonianze hanno suscitato un ampio dibattito tra gli studiosi che si sono chiesti se le *actiones ficticiae* vadano inquadrare tra le *actiones utiles* e se, con riferimento ad entrambe, fosse possibile configurare delle categorie generali di azioni.

Dall'analisi di tali passi, in cui l'espressione *actio utilis* viene riferita all'*actio* con *fictio rescissa capitis deminutione*, la romanistica ha generalmente tratto la conclusione che le *actiones ficticiae* fossero anche *utiles*, sebbene non sia mancata

l'opinione contraria di Sotty¹⁶⁸, il quale ha sollevato delle perplessità relativamente all'appartenenza delle azioni fittizie al genere delle *actiones utiles* poiché i passi che ricollegano le une alle altre (Gai. 4. 38 e 3. 84) in sé considerati non dimostrerebbero che un'azione fittizia sia necessariamente un'azione utile o, al contrario, che le azioni utili includano necessariamente le azioni fittizie: l'azione potrebbe essere, da un lato, fittizia e, dall'altro, utile, senza che vi sia un indispensabile collegamento tra il carattere dell'utilità e la *fictio*. Vi è la possibilità, in definitiva, che Gaio, parlando di *actio utilis* solo con riferimento all'*actio rescissa capitis deminutione*, non abbia voluto, in verità, ricomprendere sotto la categoria delle *actiones utiles* anche le altre *actiones ficticiae*, ma abbia voluto solo evidenziare che quella specifica *formula* fosse *utilis* ossia 'utilmente data'. L'autore spiega l' 'utilità' dell'*actio* con *fictio rescissa capitis deminutione* affermando che il pretore la concedeva come massima forma di tutela possibile per il creditore, idonea a fronteggiare i casi di *indefensio* da parte del *pater adoptivus* o del *coëmpcionator*.

Tale interpretazione, però, non sembra essere persuasiva, perché dalle fonti si deduce un concetto diverso di *actio utilis*, ben più ampio¹⁶⁹. Infatti, è stato di recente sottolineato da Longo come con tale espressione i giuristi classici intendessero «fare riferimento a quell'azione che non poteva utilizzarsi direttamente per tutelare un determinato rapporto giuridico, ma che a quel rapporto veniva in vario modo 'adattata'»¹⁷⁰.

¹⁶⁸ R. SOTTY, *Recerce sur les utiles actiones, La notion d'action utile en droit romain classique* (Clermont 1977) p. 39 ss., la cui tesi è stata successivamente ripresa da R. STOLMAR, *Actio utilis. Grundlagen, Wesen, Voraussetzungen, Anwedungen, Wirkungen. I. Die formula der actio utilis* (Sindelfingen 1992) p. 47 ss.

¹⁶⁹ L'ampiezza di significato che assume l'aggettivo 'utilis' nelle fonti è tale che si rintraccia non solo con riferimento alle *actiones* ma anche agli *interdicta* e alle *exceptiones*, cfr. sul punto G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in *Sillogge, Scritti 1956- 1996* (Catania 1998) p. 70 ss., il quale - sebbene indagli sull'uso dell'aggettivo 'utilis' in correlazione all'*exceptiones* - adotta un ragionamento che appare applicabile anche alla categoria delle *actiones*.

¹⁷⁰ Cfr. S. LONGO, *Filius famialias se obligat?* cit., p. 119, nota 59, la quale adduce, a riprova di ciò - oltre alle fonti già esaminate (Gai. 3. 84; 4. 38) - le seguenti e ulteriori testimonianze: Coll. 10. 7. 8; D. 3. 3. 27. 1 (Ulp. 9 *ad ed.*); 3. 5. 46 (47). 1 (Paul. 1 *sent.*); 5. 3. 13. 10 (Ulp. 15 *ad ed.*); 9. 2. 13 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*); 44. 7. 37 pr (Ulp. 4 *ad ed. praet.*); 48. 23. 3 (Pap. 16 *resp.*); I. 4. 3. 16; 4. 6. 4.

Nello stesso senso si è espressa anche la dottrina più risalente - ben rappresentata da Bertolini¹⁷¹ e da Bortolucci¹⁷² - la quale ha rilevato come le azioni utili siano azioni di *ius civile* estese dal *praetor* a casi simili ma diversi da quelli per i quali erano state *iure civili* predisposte; valga come esempio l'estensione per analogia dell'*actio legis Aquiliae utilis* che fu applicata dal pretore dapprima al fine di tutelare l'usufruttuario (sebbene la *lex* si riferisse solo al proprietario) e, in seguito, fu estesa anche ad ipotesi di danneggiamento originariamente non contemplate¹⁷³. Le azioni utili sarebbero quindi il frutto dello spirito «cautamente evolutivo, e non audacemente innovatore, del popolo romano»¹⁷⁴ poiché attraverso la loro concessione il pretore sostanzialmente assicurava lo sviluppo dell'antico *ius civile* e agevolava la naturale evoluzione dell'ordinamento giuridico romano¹⁷⁵.

Tale dottrina è stata poi ripresa da Nicosia¹⁷⁶, il quale afferma che «a volte, per tutelare situazioni non rientranti nelle previsioni del *ius civile*... si erano escogitati meccanismi attraverso i quali veniva modificata una *formula (in ius concepta)* per estendere l'ambito di applicazione a casi diversi; e per le azioni così adattate si parlava, in generale, di *actiones utiles*» e che «nelle fonti ricorre in più occasioni l'espressione *actio utilis*, talora per indicare precisamente un'*actio* nella cui formula ricorreva una *fictio*, talora in senso più generico, in riferimento ad altri adattamenti o estensioni; anche se non sembra che le *actiones utiles* possano essere nettamente configurate come categoria autonoma».

¹⁷¹ Cfr. C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano* (Torino 1914) p. 1 ss.

¹⁷² Cfr. G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* (Modena 1909) p. 3 s.

¹⁷³ Cfr. C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano* cit., p. 1 ss. Tra l'altro l'*actio legis Aquiliae* è espressamente menzionata da Gaio come una delle ipotesi di tutela concessa *iure civili* al *civis Romanus* ed estesa in via pretoria al *peregrinus* attraverso il ricorso alla *fictio civitatis*, in Gai. 4. 37. Sull'estensione dell'*actio legis Aquiliae* e sulla differenza tra le *actiones utiles* e le *actiones in factum* cfr. A. CORBINO, *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustiniana del danno aquiliano*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III (Milano 2007) p. 1 ss.

¹⁷⁴ Cfr. C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano* cit., p. 1 ss.

¹⁷⁵ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., p. 8, ove si specifica che l'*actio utilis* era concessa non già per correggere il *ius civile* quanto piuttosto, oltre il *ius civile*, al fine di sviluppare quei concetti che, a quel tempo, erano ancora in via di formazione.

¹⁷⁶ Cfr. G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano* cit., p. 168 e 174.

Analogamente si esprime Talamanca¹⁷⁷, secondo cui un'*actio* era *utilis* quando era data in via edittale al di fuori dei presupposti previsti per la sua concessione, anche se l'aggettivo '*utilis*' nulla aggiunge sul modo in cui l'azione veniva adattata alla fattispecie concreta.

Pugliese¹⁷⁸, inoltre, afferma che l'aggettivo *utilis* veniva utilizzato nelle fonti romane non per sancire l'appartenenza di quella determinata azione ad una categoria di azioni più ampia e dai confini ben delineati, quanto per indicare in modo pratico l'estensione della tutela giuridica, accordata tramite la concessione di una determinata azione da parte del pretore fino a ricomprendere situazioni giuridiche che altrimenti sarebbero rimaste prive di protezione. Questo assunto, infatti, spiegherebbe come mai l'accezione *utilis* si rintracci in numerose altre occasioni nelle fonti con riferimento alle azioni più disparate, come ad esempio con riferimento alle azioni con trasposizione di soggetti o alle azioni in *factum*, che dalla dottrina maggioritaria vengono considerate come appartenenti alla più ampia categoria delle *actiones utiles*. L'aggettivo *utilis*, quindi, atterrebbe alla funzione dell'azione piuttosto che alla struttura¹⁷⁹.

Le considerazioni di Talamanca e Pugliese sono state successivamente riprese da Mercogliano¹⁸⁰, il quale però esclude la perfetta coincidenza tra le azioni fittizie e le azioni utili, in quanto le azioni della prima categoria sarebbero marcatamente caratterizzate da una struttura formulare singolare che appare loro propria e che perciò non è paragonabile a quelle delle altre categorie di azioni.

Secondo l'autore, l'autonomia delle *actiones ficticiae* sarebbe dettata oltre che dalla tecnica di redazione della formula, dalla funzione di estendere tutela giuridica a situazioni nuove sebbene analoghe a quelle già *iure civili* tutelate, quindi «la *fictio* '*si capite deminutus deminutave non esset*' non sembra configurare un'azione *ficticia*, dal momento che è un'*actio utilis*, come difatti attestano a sufficienza le fonti, ad iniziare proprio da Gaio 4. 38»¹⁸¹.

¹⁷⁷ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) p. 318.

¹⁷⁸ Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 301 ss.

¹⁷⁹ Come sottolineato da M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* (Palermo 1989) 115 s.

¹⁸⁰ Cfr. F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae* cit., p. 60 ss.

¹⁸¹ Cfr. F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae* cit., p. 142.

Evidenziare che Gaio abbia riservato l'appellativo *utilis* alla sola *actio rescissa capitis deminutione*, tuttavia, non rende plausibile il fatto che possa essere stata ritenuta utile solo quest'*actio ficticia*, con esclusione delle altre precedentemente elencate dal giurista. È da credere, infatti, che le argomentazioni precedenti non escludano che tutte le *actiones ficticiae* siano anche *actiones utiles*. A sostegno di ciò, bastino i riferimenti contenuti in Gai. 3. 81, nonché in Gai. 4. 34. Nel primo passo il giurista fa un cenno al fatto che sia al *bonorum possessor* sia al *bonorum emptor* vengono concesse *actiones utiles*, specificando, però, che tali azioni verranno affrontate nel libro IV, dedicato appunto al *ius quod ad actiones pertinet*:

Gai. 3. 81: *Item quae debita sunt eius fuerunt bona, aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet aut ipsis debentur, et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et agunt et conveniuntur, quas in sequenti commentario proponemus.*

Nel secondo passo, invece, si legge che al *bonorum possessor* non spettano azioni dirette perché egli non può rivendicare le cose che erano del defunto né riscuotere i crediti del defunto in quanto non è *heres*, ma, ciò nonostante, può agire fingendosi tale:

Gai. 4. 34: *... veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure is, non legitimo secedat 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...*

I passi da ultimo presi in esame, congiuntamente a quelli che contengono un riferimento all'*actio utilis rescissa capitis deminutione* (Gai. 4. 38 e 3. 84), lasciano intendere che le *actiones ficticiae* fossero anche *utiles*. La funzione di tutte le *fictiones* infatti doveva essere la stessa: estendere tutela *iure honorario* a casi in cui mancasse un presupposto indispensabile in base all'antico *ius civile*. Pertanto, dal punto di vista logico, non si spiega come alcune *fictiones* potessero dar luogo ad *actiones utiles* e altre no, dal momento che tutte presentavano delle caratteristiche strutturali comuni e che tutte spiegavano la funzione di estendere la tutela di un'*actio iuris civilis* a casi analoghi.

Sebbene si possa affermare con una certa sicurezza che le *actiones ficticiae* fossero anche *utiles*, non è però altrettanto semplice comprendere se, nella fase di transizione dal *lege agere* all'*agere per formulas*, i Romani avessero già teorizzato una categoria di azioni denominate *actiones utiles* o se, piuttosto, preferissero far ricorso all'aggettivo *utilis* ogni qual volta intessero riconoscere tutela giuridica ad una fattispecie *iure civili* non contemplata. Quel che appare altamente probabile è che in epoca classica, cioè quando Gaio scrive le sue *Institutiones*, doveva già essere chiara la configurazione delle *actiones utiles*. Per quanto riguarda, invece, il periodo di transizione dall'uno all'altro sistema procedurale - nell'ambito del quale si collocano le *fictiones* dell'esemplificazione gaiana - appare maggiormente credibile la tesi secondo cui l'aggettivo *utilis* venisse usato di volta in volta per descrivere singole e non ben definite azioni che avessero la funzione di estendere una tutela *iure civili* riconosciuta a casi analoghi. È plausibile supporre infatti che, trattandosi di una fase evolutiva del sistema processuale, a quel tempo i Romani non avessero ancora chiara la categoria delle *actiones utiles* ma si limitassero ad alludere alla loro funzione, senza riferirsi ad una categoria di azioni dai contorni ben definiti.

Solo per completezza, si ritiene di dover sottolineare infine come, sebbene la dottrina mostri incertezze sul tema, almeno un altro dato sia da assumere come certo: le *actiones ficticiae* non erano *actiones in factum*, non essendovi ragioni per ritenere che il pretore potesse fingere un presupposto al fine di creare una *formula in factum concepta*, perché ben avrebbe potuto inserire nell'*intentio* l'enunciazione del fatto nei termini in cui si fosse realmente verificato e accordare così comunque tutela all'attore¹⁸².

Aprè, invece, alla possibilità che venga inserita una *fictio* in una *formula in factum concepta*, Bianchi¹⁸³, il quale non esclude che tale espediente potesse essere usato dal pretore anche per accordare una tutela *in factum* e adduce l'esempio della

¹⁸² In senso conforme cfr. A. DOS SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no dereito romano («actio ficticia») época clássica* (Coimbra 1988) p. 378 ss.

¹⁸³ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 263 nota 217.

modifica di un'*actio depositi in factum concepta*¹⁸⁴ attraverso l'introduzione della *fictio civitatis*. Secondo l'autore infatti la *fictio* si configurerebbe come un "corpo estraneo" all'interno delle *formulae*, volto ad "emulare" un elemento proprio del *ius civile* e quindi suscettibile di essere inserito in qualsiasi *formula*. Tale ipotesi, però, oltre a non apparire plausibile dal punto di vista logico, non trova alcun addentellato nelle poche fonti a nostra disposizione.

L'interrogativo che semmai si potrebbe porre l'interprete è perché mai il pretore preferisse ricorrere ad una *formula in ius concepta* anziché creare per quella stessa fattispecie una *formula in factum concepta*, modellata, cioè, sulla fattispecie concreta così come si era verificata nella realtà. Una risposta può essere data solo se si osserva l'espedito della *fictio* nella sua complessità di strumento in grado di consentire all'organo magistratuale di non "rompere" con la tradizione giuridica precedente, rispettando così il formalismo che la caratterizzava, allo scopo di risolvere le sopraggiunte problematiche, ove possibile, in virtù dell'estensione per analogia di una tutela *iure civili* riconosciuta.

¹⁸⁴ Poteva accadere infatti che a tutela della medesima pretesa fossero poste sia un' *actio in ius concepta* sia un' *actio in factum concepta*, come si desume da Gai. 4. 47 con riferimento specifico al *depositum*.

Capitolo II

INDAGINE SULL'ESTENSIONE APPLICATIVA DELLE *ACTIONES FICTICIAE* E SULLA POSSIBILE ESISTENZA DI ULTERIORI MECCANISMI DI *FICTIO* CORRELATI ALL'*AGERE* PROCESSUALE.

II.1 Sull'applicazione della *fictio* '*si... heres esset*' al fedecommissario dopo il *sanatus consultum Trebellianum*.

Oltre alle applicazioni delle *fictiones* '*alterius generis*' che si desumono dalla lettura dei §§ 34 ss. del quarto libro delle *Institutiones*, è possibile ipotizzare che ve ne fossero altre e diverse, la cui esistenza si prospetta all'interprete a seguito della lettura complessiva del manuale gaiano che, in alcune parti - e più precisamente in ambito successorio - offre degli spunti di riflessione.

Nello specifico, può accadere, infatti, che chi si accosti allo studio della *fictio* nel processo privato romano, si ponga due interrogativi: da una parte si potrebbe individuare l'estensione applicativa delle *fictiones* processuali a noi note; dall'altra apparirebbe configurabile l'esistenza di altre finzioni, i cui effetti si ripercuotevano sul piano della tutela giuridica.

Con riguardo al primo profilo la questione si pone in relazione alla disciplina giuridica che, ad un certo punto dell'evoluzione storica di Roma, risultò essere necessaria in materia di fedecommissi¹⁸⁵.

Com'è noto, il fedecommissario era la disposizione testamentaria con la quale il testatore chiedeva all'erede o al legatario di compiere una determinata prestazione a favore di una persona indicata nel testamento. Ciò poteva avvenire attraverso l'uso dei *verba* più disparati: i giuristi a tal proposito elencano alcune espressioni, quali *peto*, *rogo*, *volo*, *fidei committo*, *mando*, *deprecor*, *cupio*, *desidero* che erano

¹⁸⁵ La problematica ha già impegnato la dottrina più risalente, cfr. M. BARTOŠEK, *Il senato consulto Trebelliano*, in *Scritti in onore di Contrado Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* (Milano 1948) III, p. 308 ss. e U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 195 s.

idonee a dar luogo ad un fedecommesso; e ricordano come si potesse fare ricorso anche ad una lingua diversa da quella latina o greca¹⁸⁶.

Dapprincipio il fedecommesso nacque come raccomandazione informale, priva di valore giuridico vincolante e quindi rimessa alla *fides* dell'erede o legatario che sceglieva volontariamente se darvi esecuzione o meno.

Solo a partire dall'età di Augusto, e quindi in epoca classica in sede di *cognitio extra ordinem*¹⁸⁷, venne garantita al fedecommissario la possibilità di agire in giudizio con una *petitio fideicommissi* per ottenere dall'erede o dal legatario quanto gli era dovuto secondo le disposizioni testamentarie.

Il testatore, attraverso il fedecommesso, poteva chiedere all'erede persino di *restituere* l'intera eredità alla persona indicata nel testamento. In questo caso si parlava di *fideicommissum hereditatis*, detto anche universale.

Fu proprio in relazione all'ipotesi del fedecommesso universale che ai tempi di Nerone, nel 56 d.C., con il *senatus consultum Trebellianum*¹⁸⁸, vennero attribuite a favore o contro il fedecommissario le azioni che *iure civili* spettavano all'erede o

¹⁸⁶ Cfr. Gai. 2. 249: *Verba autem utilia fideicommissorum haec recte maxime in usu esse videntur: peto, rogo, volo, fidei committo*; Paul. *sent.* 4. 1. 6: *Fideicommittere his verbis possumus rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio... desidero*; Ulp. *Reg.* 24. 1: *Legatum... imperative testamento relinquitur... quae precativo modo relinquuntur fideicommissa vocantur*; D. 32. 11 pr. (Ulp. 2 *fideicomm.*): *Fideicommissa quocumque sermone relinqui possunt, non solum latina lingua vel graeca, sed etiam punica vel gallicana vel alterius cuiuscumque gentis.*

¹⁸⁷ Fu il più antico caso di *cognitio extra ordinem*, cfr. G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 182.

¹⁸⁸ L'intervento normativo attuato con un senatoconsulto si pose in linea con il mutato ruolo che acquisì il senato in epoca classica. Com'è noto, infatti, mentre durante l'epoca repubblicana il senato aveva avuto una funzione di indirizzo politico che si era concretata nell'emanazione di pareri destinati ai magistrati e volti a dirimere i problemi di carattere politico che questi erano chiamati ad affrontare nell'esercizio delle loro attività amministrative e di governo; nell'epoca classica, invece, il senato emanò raccomandazioni aventi una funzione sostanzialmente normativa, nel senso che emetteva pareri al fine di invitare i magistrati ad applicare, nelle controversie soggette alla loro *iurisdictio*, i principi di diritto che stabiliva e, perciò, enunciando regole di condotta per i privati, finiva per emanare norme regolanti i rapporti di *ius privatum*. Gaio nel primo libro delle sue *Institutiones* include ormai i *senatus consulta* tra le fonti del diritto, come si evince dai §§ 2 e 4: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis... Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum*. Sul punto cfr. N. PALAZZOLO, F. ARCARIA, O. LICANDRO, L. MAGGIO, P. SCIUTO, *Le fonti di produzione del diritto romano* (Catania 2002), p. 38 s.; F. ARCARIA, *Introduzione allo studio delle istituzioni di diritto romano. L'ordinamento costituzionale ed il sistema delle fonti di Roma antica* (Catania 2010) p. 30 s.; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano* (Torino 2012) p. 228 s.

contro l'erede¹⁸⁹; ragion per cui il pretore predispose nell'editto la concessione in via utile di tali azioni¹⁹⁰.

A ben guardare, però, anche se il fedecommissario con il *fideicommissum hereditatis* subentrava sostanzialmente nella posizione giuridica dell'*heres*, non si realizzava una *successio iure civili* riconosciuta, come si può dedurre da:

Gai. 2. 251: *Restituta autem hereditate is qui restituit nihilo minus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.*

Nel passo Gaio chiarisce che una volta restituita l'eredità, l'*heres* rimaneva tale, ma chi riceveva l'eredità risultava talvolta *heredis loco* (talaltra legatario). Il fedecommissario, quindi, quando riceveva l'intera *hereditas*, non era erede in base al *ius civile*, ma acquisiva una condizione simile a quella dell'erede, era considerato 'come se fosse erede'¹⁹¹.

¹⁸⁹ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., vol. II, p. 345 e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 893, i quali riconducono storicamente il *senatus consultum Trebellianum* al 56 d. C. Tuttavia, cfr. anche A. D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano* (Torino 1991) p. 101, il quale scrive: «Sotto l'imperatore Claudio (41 – 54) fu poi emanato un senatoconsulto, detto Trebelliano dal console Trebellio, il quale disponeva che il fedecommissario fosse da ritenersi in luogo dell'erede, accordando direttamente a lui e contro di lui, in via utile quelle azioni che sarebbero spettate all'erede e contro l'erede».

¹⁹⁰ Cfr. Gai. 2. 253: *...Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaque in edicto proponuntur.*

¹⁹¹ Sul punto cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 346, il quale a proposito dell'obbligo dell'erede di *restituere* l'intera eredità al fedecommissario afferma: «posto in essere quest'atto di restituzione, l'erede diventava estraneo all'eredità; ma il fedecommissario poteva esperire in via utile (come se fosse erede) tutte le azioni che sarebbero spettate all'erede: cioè era *loco heredis*»; cfr. anche M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 893, il quale afferma: «una volta che l'erede avesse fatto al fedecommissario atto, pure non formale, di restituzione dell'eredità, il fedecommissario sarebbe stato ammesso per la quota spettantegli all'esercizio, in via utile ma a nome proprio, delle azioni spettanti all'erede; e i creditori ereditari avrebbero agito pure in via utile, direttamente contro il fedecommissario. Si comprende in tal modo come questi, trattato alla stregua di un successore universale *iure pretorio*, sia stato considerato dai classici *heredis loco* (Ga. 2. 251)»; nonché M. BARTOŠEK, *Il senato consulto Trebelliano* cit., p. 311 s., il quale sottolinea che: «Il senato consulto Trebelliano non risolveva che la questione fondamentale, la più importante per la concezione romana, vale a dire quella del lato processuale. La direzione del senatoconsulto, che riguarda il passaggio delle *actiones*, significava dunque – nella sua portata – che insieme passava anche il diritto stesso, la cui espressione esteriore erano quelle *actiones*; in altre parole mediante la restituzione dell'eredità passava al fedecommissario – senza riguardo alle relazioni di possesso – tutta l'eredità in complesso, sebbene soltanto secondo il diritto pretorio».

In passato, prosegue il giurista nella trattazione, il fedecommissario non subentrava né nella posizione dell'*heres* né in quella di legatario, piuttosto acquistava quella di *emptor*:

Gai. 2. 252: *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes ((inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur)) inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fides dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cu meo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*

Ciò in quanto per realizzare il trasferimento dell'eredità alla persona indicata dal testatore si era soliti ricorrere alla vendita *nummo uno* e, tra il fedecommissario e l'erede, intercorrevano delle *stipulationes*, attraverso le quali l'*heres* si faceva promettere che dopo la restituzione dell'eredità, sarebbe stato tenuto indenne da eventuali condanne che avrebbe potuto subire a titolo ereditario, nonché da tutto ciò che avesse dato in buona fede a terzi (anziché alla persona indicata dal testatore); inoltre, obbligava il *promissor* a difenderlo validamente nel caso in cui un terzo agisse nei suoi confronti *ex hereditatis causa*. Colui che riceveva l'eredità, invece, si faceva promettere dall'erede la restituzione di tutto ciò che gli fosse pervenuto con l'eredità e, ancora, che fosse disposto a consentire l'esperimento di azioni ereditarie a titolo di *cognitor* o di *procurator*.

Dopo il *senatus consultum Trebellianum*, invece, non si fece più ricorso alle *cautiones*:

Gai. 2. 253: *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ((ei)) et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas. Per quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaque in edicto proponuntur.*

Il pretore, infatti, a seguito di tale senatoconsulto iniziò a concedere azioni utili a favore e contro colui che avesse ricevuto l'eredità, come a favore e contro l'erede, promettendole nell'editto¹⁹².

Con il *senatus consultum Trebellianum* si intervenne in sostanza a disciplinare giuridicamente - sotto il profilo più propriamente processuale - i rapporti che si venivano a creare tra erede, fedecommissario e terzi, estendendo al primo le azioni che *iure civili* spettavano all'*heres*, in quanto con il fedecommissario universale l'erede era chiamato a *restituere* l'intera *hereditas* alla persona indicata dal testatore, la quale, così, risultava - nei rapporti con i terzi - come se fosse un successore universale, posto che, di fatto, subentrava nell'intero patrimonio del *de cuius*.

Partendo dall'analisi delle testimonianze gaiane §§ 251 - 253 viene da chiedersi quali fossero le *actiones utiles* che erano concesse al fedecommissario. Si trattava delle *actiones* modificate attraverso l'inserimento nell'*intentio* formulare della *fictio* 'si... *heres esset*' di cui ai §§ 34 - 35 del libro quarto? Oppure anche di quelle cc.dd. con trasposizione di soggetti¹⁹³ realizzate sul modello dell'*actio Rutiliana* concessa al *bonorum emptor*, della quale troviamo riferimento in Gai. 4. 35?

Ciò che fa propendere verso la non applicabilità al fedecommissario - dopo l'intervento senatorio - delle azioni con trasposizione di soggetti, sono gli stessi §§ 252 - 253, nei quali, con riferimento al regime delle *cautiones*, si afferma, dapprima, che il fedecommissario si faceva promettere dall'erede il consenso a che esercitasse in giudizio azioni a titolo di *cognitor* o di *procurator*, e, subito dopo, che il regime delle *cautiones* fu abbandonato a seguito del *senatus consultum*

¹⁹² Cfr. sul punto M. BARTOŠEK, *Il senato consulto Trebelliano* cit., p. 316, in cui si osserva che «la posizione processuale del fedecommissario migliorò molto con la pubblicazione del senato consulto Trebelliano...egli diveniva l'effettivo successore universale del testatore». Cfr. anche M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano* (Milano 2001), p. 382, il quale sottolinea come a seguito di tale provvedimento «le azioni che, per il *ius civile*, sarebbero spettate a favore e contro l'erede fiduciario» furono «date contro il fedecommissario» che si venne così «a trovare nella situazione dell'erede stesso (*heredis loco*); tali azioni erano *actiones utiles* pretorie: la legittimazione alle *actiones directae* continuava in testa all'erede civile, ma ad esse era opponibile un'*exceptio*».

¹⁹³ Sull'appartenenza delle azioni con trasposizione di soggetti alla più ampia categoria delle *actiones utiles* cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 119 e M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano* cit., p. 165 s.

Trebellianum, con il quale si consentì al fedecommissario di agire e di essere convenuto con le azioni *iure civili* spettanti all'erede o contro l'erede.

Ciò nonostante, Bartošek¹⁹⁴ ritiene che al fedecommissario venissero estese entrambe le categorie di azioni: sia quelle *ficticiae* sia quelle con trasposizione di soggetti. L'autore crede che la posizione giuridica del fedecommissario dopo il *senatus consultum Trebellianum* «sia stata creata analogamente alla posizione del *bonorum possessor*, e rispettivamente del *bonorum emptor*», e quindi trasferisce la tutela giuridica loro concessa in capo al fedecommissario, sottolineando come la scelta tra l'*actio ficticia* o quella con trasposizione di soggetti dipendeva probabilmente da ragioni pratiche, quali per esempio le persone partecipanti o lo stadio processuale¹⁹⁵. Secondo tale autore, il fatto che Gaio al § 253 affermi che le azioni estese al fedecommissario a seguito dell'intervento del senato fossero quelle *iure civili* riconosciute all'erede, non preclude che il senatoconsulto possa aver spianato la strada per la concessione, ad opera del pretore, anche delle azioni onorarie «giacché al pretore bastava poter appoggiarsi sulla chiara prescrizione circa le azioni civili. Il senatoconsulto Trebelliano si riferiva al trapasso di tutte le azioni ereditarie»¹⁹⁶.

Se si crede che le *actiones utiles* indicate al § 253 siano quelle *ficticiae* spiegate dal giurista in 4. 34 – 35 con riferimento alle figure del *bonorum possessor* e del *bonorum emptor*, si ammette implicitamente che al tempo di Nerone l'espedito processuale della *fictio* dovesse essere già ampiamente diffuso e utilizzato nella prassi del pretore e si può giungere persino ad immaginare che fosse talmente conosciuto da poter essere contemplato anche a livello normativo,

¹⁹⁴ Cfr. M. BARTOŠEK, *Il senato consulto Trebelliano* cit., p. 318.

¹⁹⁵ Cfr. M. BARTOŠEK, *Il senato consulto Trebelliano* cit., p. 318, nt. 5, il quale osserva come: «Ciò non significa, che dal tempo dell'emanazione del senatoconsulto Trebelliano si sia immediatamente cessato di adoperare le azioni con trasposizione di soggetti e che al loro posto si siano avute esclusivamente le azioni fittizie; oramai occorre soltanto accentuare che allora si presentò una nuova possibilità per risolvere i rapporti processuali tra il fiduciario, il fedecommissario e i terzi. Accertando più appresso la relazione delle azioni fittizie con quelle a trasposizione di soggetti, noi perveniamo al risultato che la trasposizione di persone doveva aver luogo solamente nei processi che nell'epoca della restituzione erano già in corso; al contrario nei casi in cui le controversie sorgevano più tardi, doveva valere una formula più semplice con finzione, la quale aveva ancora il vantaggio di essere, in quanto alla sua portata, più chiara, e di potere così anticipatamente dissuadere taluno dal processo».

¹⁹⁶ Cfr. M. BARTOŠEK, *Il senato consulto Trebelliano* cit., p. 312.

all'interno di un *senatus consultum*, che può averlo previsto come forma di tutela più spedita ed efficace a garantire la situazione giuridica del fedecommissario di fronte ai terzi.

Tuttavia, avendo indagato la funzione delle *fictiones* processuali di cui ai passi 34 ss. del libro quarto, tale interpretazione pone delle perplessità: la *fictionis*, infatti, venne verosimilmente creata dal pretore in virtù del suo potere di *imperium* al fine di estendere *iure honorario* azioni fondate sul *ius civile* a soggetti che, altrimenti, non avrebbero potuto agire o essere convenuti in giudizio, mancando un presupposto necessario affinché tale ordinamento venisse applicato. Non si comprende allora come al fedecommissario – dopo che gli fu estesa per mezzo del *senatus consultum Trebellianum* la tutela *iure civili* propria dell'*heres* - poterono occorrere le *actiones ficticiae* spettanti al *bonorum possessor* e al *bonorum emptor*, i quali, invece, ebbero accesso alla tutela di *ius civile* solamente in virtù dell'*imperium* magistratuale e della *fictionis* che fossero *iure civili heredes*, e non a causa di un provvedimento normativo. Nell'ipotesi del fedecommissario, a ben guardare, non vi era nessuna necessità di “forzare” la normativa di *ius civile*.

Allora, sarebbe più coerente con l'indagine condotta sin qui, ipotizzare che la spinta verso la soluzione approntata dal senatoconsulto Trebelliano fosse stata determinata proprio dal pretore che - analogamente a quanto fece in favore dei *bonorum possessores* e dei *bonorum emptores* nella fase di transizione dal *lege agere* all'*agere per formulas* – avesse concesso ai fedecommissari *actiones ficticiae* modellate sulla *fictionis* ‘*si... heres esset*’ con l'effetto di modificare la loro situazione giuridica dal punto di vista sostanziale. Questo perché la *fictionis*, a ben guardare, è lo strumento attraverso cui il pretore correggeva i principi di *ius civile* nel tentativo di innovare il diritto oggettivo.

Tuttavia è sufficiente leggere il passo 252, che immediatamente precede il riferimento alle innovazioni apportate dal *senatus consultum Trebellianum*, per rendersi conto che le azioni di cui si serviva il fedecommissario prima dell'intervento del senato erano prevalentemente – se non, addirittura, esclusivamente - quelle con trasposizione di soggetti (derivanti dalle *cautiones*) e non anche quelle modificate attraverso l'inserimento della *fictionis*.

Se tale interpretazione ha una sua plausibilità, l'intervento normativo in esame testimonia allora un'evoluzione nell'uso dell'espedito tecnico-giuridico della *fictio*, da intendere, in quel periodo storico, non più come strumento per la modifica del diritto sostanziale ma come meccanismo funzionale ad assicurare una tutela giuridica più immediata e spedita, o meglio, come artificio idoneo - ed efficace - a consentire la logica equiparazione di situazioni che, dal punto di vista pratico, risultavano simili. Tale mutamento nella concezione dell'espedito della *fictio* ben si giustifica se si guarda all'uso che ne fecero i Romani nel corso dell'evoluzione storica: si pensi a come si declinavano le finzioni che dalla dottrina romanistica sono denominate legislative, le quali verranno analizzate nel successivo capitolo di questo lavoro.

II.2 *Fictio e in integrum restitutio.*

Una singolare applicazione dell'espedito della *fictio* si riscontra in connessione al provvedimento pretorio di *in integrum restitutio*. Com'è noto, con la *in integrum restitutio* il pretore reintegrava il soggetto che ne faceva richiesta nella posizione giuridica antecedente al compimento di un determinato atto o all'accadimento di un certo fatto, eliminando, così, gli effetti giuridici che ne scaturivano. Egli non poteva intervenire sul piano del *ius civile*, sicché quegli atti o fatti rimanevano *iure civili* validi, ma poteva privarli - sia pure *iure honorario* - di valore e di effetti, al fine di consentire, a chi avesse subito un ingiusto pregiudizio, il ripristino della situazione giuridica nella quale si trovava precedentemente al compimento di quell'atto o all'accadimento di quel fatto¹⁹⁷.

Secondo parte della romanistica¹⁹⁸, la procedura per la concessione della *in integrum restitutio* constava di due fasi: la prima si svolgeva dinanzi al pretore e

¹⁹⁷ Tale provvedimento - al contrario della *fictio* - rientrava espressamente nella categoria degli atti che dal giurista Paolo vengono definiti *magis imperii quam iurisdictionis* (D. 50. 1. 26: *...magis imperii sunt quam iurisdictionis... in integrum restituere aut ... bona iubere possidere*) ossia in quell'insieme di atti che, pur essendo adottati nell'esercizio della *iurisdictionis*, trovavano il loro fondamento nell'*imperium*. È però plausibile credere (come si è già avuto modo di vedere nel capitolo precedente) che anche l'espedito della *fictio* discenda dal potere di *imperium* del pretore più che da quello di *iurisdictionis*.

¹⁹⁸ Questa è l'opinione tradizionale, seguita dalla maggioranza degli autori: cfr. G. C. BURCHARDI, *Die Lehre von deriedereinsetzung in den vorigen Stand* (Göttingen 1831) p. 454

prevedeva una *causae cognitio* alla luce della quale - se sussistevano i presupposti previsti nell'editto - il richiedente veniva reintegrato con un *decretum restitutionis* nella posizione giuridica in cui si trovava prima del compimento di un certo atto o dell'accadimento di un determinato fatto, come se gli effetti giuridici di quell'atto non si fossero mai prodotti; la seconda, invece, era funzionale a portare *ad consequentiam* il *decretum restitutionis* ed era rimessa all'iniziativa dell'interessato che, in virtù dell'intervento pretorio aveva riacquisito il diritto di cui in precedenza era titolare, e poteva, perciò, chiedere i mezzi processuali più adatti (un'*actio*, un'*exceptio* etc.), dando così luogo al *iudicium rescissorium*.

Se si segue tale impostazione, l'utilizzo della *fictio* si colloca proprio in questa seconda fase, nel senso che l'azione che veniva concessa dal pretore per far valere le conseguenze del provvedimento di *in integrum restitutio*, era sovente un'*actio ficticia*¹⁹⁹.

ss.; E. LEVY, *Zur nacklassischen in integrum restitutio*, in *ZSS*, 1951, 86, p. 362 ss.; E. CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria*, in *SDHI*, 1937, III, p. 20 ss.; ID. *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, in *Annali Bari*, 1938, I, p. 129 ss.; nonché A. BURDESE, *Di un particolare caso di applicazione della restitutio in integrum*, in *Festschrift Schulz* (Weimar 1951) p. 94 nt. 1.

¹⁹⁹ In senso conforme anche G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano* cit., p. 192 e in nt. 3, il quale afferma che: «con il provvedimento di *in integrum restitutio* (adottato all'occorrenza mediante *decretum*, presumibilmente nella forma: '*te in integrum restituo*') il pretore, previa *causae cognitio*, autoritativamente reintegrava l'interessato (che asserendo di trovarsi in una delle situazioni previste in proposito nell'editto, ne facesse richiesta) nella situazione giuridica in cui si trovava prima del compimento di un determinato atto o prima dell'accadimento di un determinato fatto... chi veniva *in integrum restitutus* riacquistava (o piuttosto si considerava come se non avesse mai perduto) il diritto di cui era titolare prima dell'avvenuto atto o fatto, e poteva esercitare i relativi mezzi giudiziari di tutela, ad es. la *rei vindicatio*... o l'*actio in personam* per far valere un suo credito... solitamente si ricorreva anche qui ad una formula con *fictio* (considerandosi appunto non avvenuto l'atto o fatto) o comunque si permetteva di agire in via *utilis*; nelle fonti si parla talora di *rescissio* e di *actio rescissoria*, o anche di *actio restituta*». Cfr. anche E. CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria* cit., p. 21, il quale osserva che: «quando il pretore, causa l'evidente e ingiusto pregiudizio di una delle parti, si rifiutava di riconoscere un fatto o atto giuridico legalmente valido, e le cui conseguenze non erano altrimenti eliminabili, il suo rifiuto non poteva produrre nullità *iure civili* del rapporto, ma soltanto togliergli efficacia sul terreno del diritto pretorio. In altri termini il pretore, con un atto al di fuori della sua *iurisdictio* e derivante dal suo *imperium*, lasciando intatto il fatto o atto giuridico, da cui derivava l'ingiusta lesione, ne rescindeva gli effetti, così come se esso non si fosse verificato. Con ciò la controversia non poteva dirsi chiusa ancora, in quanto occorreva che la parte, che aveva ottenuto dal pretore il *decretum* di rescissione, lo portasse *ad consequentias*, o chiedendo che gli venisse concessa una eccezione contro l'azione, con la quale era stata convenuta, e con la quale affermava di non essere tenuta se non in virtù dell'atto o fatto rescisso, o chiedendo l'azione che le sarebbe spettata se non si fosse verificata la circostanza, che aveva portato a conoscenza del pretore. Questa azione detta *rescissoria* o *restitutoria* era caratterizzata da una *fictio*, con la quale le parti convenivano doversi prescindere dall'atto che dal pretore era stato reso inefficace, o dal fatto che era stato reso irrilevante, salvo poi l'affidare al giudice il compito di indagare la sussistenza del rapporto giuridico alla stregua dei principi di diritto civile»; nonché, ID., *D. 4. 5. 2. 1 e la causae cognitio nella restitutio in integrum*

Altra parte della dottrina²⁰⁰, invece, ritiene che non si aveva mai un *decretum restitutionis* perché per attuare la *in integrum restitutio* il pretore si limitava a concedere direttamente il mezzo rescissorio più opportuno: un'*actio*, un'*exceptio*, etc.

Vi è inoltre chi ritiene che il pretore ricorresse al *decretum* solo in alcuni casi residuali poiché, nella maggioranza delle ipotesi, la *in integrum restitutio* si attuava più semplicemente attraverso la diretta concessione dell'*actio rescissoria*²⁰¹.

adversus capite deminutos, in *SDHI*, 1936, 2, p. 7 s., il quale delinea delle differenze tra *actio rescissoria* e *actio restitutoria* affermando che: «l'*actio* era detta *restitutoria* quando si poneva in sostituzione dell'azione che si era precedentemente estinta, mentre era *rescissoria* quando nella formula le parti non facevano riferimento all'atto o al fatto che aveva prodotto l'estinzione dell'azione che veniva restituita».

²⁰⁰ Cfr., tra gli altri, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, (Leipzig 1901) 2, 1090 ss.

²⁰¹ Cfr. M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante* (Milano 1930) 2, 514, il quale afferma che il *decretum* era necessario solo nei casi in cui l'*in integrum restitutio* «non era presupposto per ulteriori provvedimenti del magistrato o atti dell'interessato»; e G. CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum* (Milano 1964) p. 27, a parere del quale «gli argomenti più validi che si possono opporre avverso alla tesi del Carrelli, sulla necessità di un *decretum* per ogni caso di applicazione dell'*i.i.r.*, siano fondamentalmente due: 1) l'estrema scarsità di testi a noi pervenuti, nei quali si faccia menzione di un *decretum* di *in integrum restitutio*; 2) la presenza di altri testi, dai quali l'*i.i.r.* appare concessa direttamente attraverso la concessione dell'*actio rescissoria*»; nonché V. ARANGIO – RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli 1960) p. 143, secondo il quale «non sembra necessario che il magistrato emetta uno speciale decreto: il più delle volte la *restitutio* è implicita nella redazione di una *formula ficticia*, per cui il giudice debba considerare come non avvenuto il fatto che avrebbe impedito l'azione, oppure nella concessione di un'*exceptio* al convenuto». Nello stesso senso si esprime anche D'AMATI, *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione* cit., p. 13 s., che afferma: non è chiaro in dottrina «se, come appare più probabile, il *praetor* concedesse direttamente all'interessato l'*actio rescissoria*, senza un apposito *decretum*, che avrebbe invece emesso solo in alcuni casi, soprattutto in materia amministrativa o penale. Difatti, come è stato osservato dai sostenitori di quest'ultima ipotesi, in primo luogo sono ben pochi i testi che attestano in maniera esplicita l'esistenza di un *decretum*: e, d'altro canto, non si può aderire all'osservazione contraria che la sua menzione potrebbe essere stata soppressa nella maggior parte dei casi dai compilatori giustiniani, in quanto certamente gli stessi, più che sopprimerla, meglio l'avrebbero sostituita con il termine *sententia*. Peraltro, un esame approfondito di quei pochi testi in cui l'*in integrum restitutio* viene concessa a mezzo del *decretum* porta a considerare che la parte più cospicua non riguarda il caso in cui alla concessione stessa doveva seguire l'instaurazione dell'*actio rescissoria*. Inoltre... non ci è pervenuto alcun testo contenente una frase del tipo "*postulare decretum in integrum restitutionis*": circostanza assai anomala a voler ammettere che la *postulatio* dell'interessato fosse diretta ad ottenere un *decretum*. Al contrario, sono ben più numerosi i testi nei quali l'*in integrum restitutio* appare accordata direttamente, senza decreto, per mezzo della sola *actio rescissoria*. A queste diverse teorie si aggiungono anche le osservazioni di P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere* cit., p. 138 ss., sul significato che ebbe '*rescindere*' nell'esperienza giuridica romana: questo concetto, secondo l'autrice, in età repubblicana, non si configurava ancora come propriamente tecnico, ma indicava più genericamente la privazione degli effetti di un atto. In questa fase, la *in integrum restitutio* si concretava in un'attività di carattere eccezionale posta in essere dal magistrato in virtù del suo potere di *imperium*; attività che si può dire estranea a quella più propriamente giurisdizionale. L'effetto rescissorio, a quel tempo, veniva in sostanza garantito attraverso una molteplicità di espedienti: l'*actio ficticia*, l'*exceptio* e la *denegatio actionis*. Fu solamente

Si può concludere, quindi, che il tema dei rapporti tra *decretum* e *actio ficticia* in funzione della realizzazione di una *in integrum restitutio*, è tutt'oggi particolarmente controverso e presenta ancora numerosi profili di incertezza.

II.3 Segue. l'*actio Publiciana* con *fictio rescissa usucapione*

Nelle fonti a nostra disposizione è possibile riscontrare almeno due *actiones ficticiae* aventi la funzione di reintegrare il soggetto nella posizione giuridica antecedente al compimento di un determinato atto o all'accadimento di un certo fatto giuridico: un'*actio Publiciana rescissoria* e l'*actio utilis rescissa capitis deminutione* (che si è già incontrata in Gai. 3. 84 e 4. 38).

Per quanto riguarda l'*actio Publiciana rescissoria*, le notizie circa la sua esistenza si desumono dalla combinazione di due frammenti:

I. 4. 6. 5: *Rursus ex diverso si quis, cum rei publicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem eius qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est ira petere, ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id suam esse rem. Quod genus actionis et aliis quibusdam simili aequitate motus praetor accommodat, sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet.*

D. 44. 7. 35 pr. (Paul. 1 ad ed. praet.): *Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

Dai passi la dottrina²⁰² ricava che con tale azione si fingeva non essere decorso il tempo necessario al maturare della *usucapio* che aveva determinato l'acquisto della proprietà sulla *res*, al fine di consentire il recupero del possesso (nonché della titolarità del *dominium*) da parte del precedente proprietario, il quale – nel periodo di tempo in cui il possessore era assente - non avrebbe potuto esperire la *rei vindicatio* e interrompere, così, il decorso dell'*usucapione*. Tale azione era dunque

nell'ambito della *cognitio extra ordinem* che la *in integrum restitutio* acquisì carattere tecnico e giurisdizionale.

²⁰² Cfr. E. CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria* cit., p. 20 ss.; G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano* (Milano 2004) p. 47 s.

diametralmente opposta all'*actio Publiciana* descritta da Gaio in 4. 36, che conteneva, invece, la *fictio* che fosse trascorso il tempo necessario al maturare della *usucapio* in capo all' *accipiens* di *res Mancipi traditae ex iusta causa*.

Anche l'*actio Publiciana rescissoria* rispondeva - come tutte le *actiones ficticiae* - ad esigenze di *aequitas*, perché interveniva per privare di effetti l'usucapione maturata tanto a favore di un *absens rei publicae causa*, o di un soggetto *in potestate hostium* che, essendosi allontanato per un lungo periodo di tempo, aveva acquistato la titolarità del diritto di proprietà su una *res*, approfittando dell'impossibilità del proprietario (rimasto in città) di esercitare la *rei vindicatio* civilistica; quanto a vantaggio di colui che si era allontanato per ragioni istituzionali. Durante tale arco temporale il possessore si sarebbe trovato libero di maturare l'*usucapio*, perché il proprietario non avrebbe potuto interrompere il possesso (e quindi il maturare dell'usucapione). Così, venne data al precedente *dominus* la possibilità di ottenere la restituzione della *res* ingiustamente usucapita attraverso l'*actio Publiciana rescissoria*, che poteva essere esperita entro il termine di un anno dal ritorno dell'assente²⁰³.

La *fictio* contenuta all'interno dell'*actio Publiciana rescissoria* doveva apparire in questi termini: «*si is homo q. d. a. a N.o N.o usucaptus non esset*»²⁰⁴.

Dell'applicazione *rescissoria* dell'*actio Publiciana*, Gaio non fa cenno né nei passi dedicati alle *fictiones* (4. 34-38) e più specificatamente all'*actio Publiciana* (4. 36), né in altri passi del suo manuale. Ciò potrebbe di per sé indurre ad escluderne le origini classiche e a ricondurla più plausibilmente al periodo giustiniano. Tuttavia, partendo dall'esegesi dei passi prima richiamati I. 4. 6. 5 e D. 44. 7. 35 pr. (Paul. 1 *ad ed. praet.*)²⁰⁵, sono state formulate le teorie più disparate circa la derivazione di siffatta *actio*.

²⁰³ Come sottolineato da G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano* cit., p. 50 s., il rinvio contenuto in I. 4. 6. 5., ove, a chiusura della descrizione della fattispecie, il passo si conclude con la frase '*genus actionis et aliis quibusdam ...praetor accommodat*', rinviando l'interprete alla diretta consultazione della raccolta di *iura (...sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet)*, sembra finalizzato a richiamare l'attenzione su quelle che dovevano essere le altre possibili ipotesi di concessione della *in integrum restitutio*, e quindi dell'*actio rescissoria*.

²⁰⁴ O. LENEL, *EP* cit., p. 123.

²⁰⁵ *Supra*, in questo stesso paragrafo.

Secondo Huschke il rimedio processuale era già stato previsto all'interno dell'editto Publiciano, come una delle due varianti possibili²⁰⁶. Di diverso avviso è Cuq, il quale crede che l'*actio Publiciana rescissoria* trovi la sua radice storica nell'*exceptio rescissoria*, anch'essa contenuta sempre nell'editto del pretore Publicio (insieme all'*actio Publiciana* di cui in Gai. 4.36), la quale serviva a tutelare chi non avesse avuto la possibilità di rivendicare in tempo utile la *res* a causa dell'assenza del possessore²⁰⁷.

Quest'ultima presa di posizione, in particolare, convince ancora meno della precedente, perché non si comprende come un'*actio* potesse discendere da un'*exceptio*, soprattutto in considerazione del fatto che non si riescono ad immaginare i casi a fronte dei quali l'ex proprietario venisse chiamato in giudizio da parte dell'attuale *dominus* della *res* che, per averla usucapita, si suppone che l'avesse in possesso.

Un'altra tesi è stata sostenuta da Carrelli, il quale, nel respingere le precedenti opinioni, evidenzia come il passo I. 4. 6. 5 faccia esclusivo riferimento al caso dell'usucapione realizzatisi in favore dell'assente, e non anche al caso dell'usucapione compiuta ai danni dell'assente che, invece, doveva essere quella di più frequente applicazione pratica²⁰⁸. Partendo da tale riflessione, e basandosi sull'espressione *rursus ex diverso*, posta in apertura del frammento I. 4. 6. 5, l'autore giunge ad affermare che originariamente il passo ricomprendeva anche l'ipotesi dell'usucapione compiutasi ai danni dell'*absens*; con la conseguenza che la contrapposizione con la quale inizia il passo, non sarebbe tra l'*actio ficta usucapione* e l'*actio rescissa usucapione*, come il passo indurrebbe comunemente a credere, ma tra l'usucapione ai danni dell'assente e l'usucapione a favore dell'assente. Interpretando così il passo giustiniano, Carrelli prosegue escludendo l'esistenza di un'*actio Publiciana rescissoria* di origine edittale, e conclude

²⁰⁶ Cfr. P. E. HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussichtstehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch* (Frankfurt 1968) p. 101 ss., che intravede una conferma di ciò in I. 4. 6. 3: *...ecce plerumque ita permittit (praetor) in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usu cepisse, quod usu non ceperit, vel ex diverso possessor diceret adversarium suum usu non cepisset, quod usu ceperit.*

²⁰⁷ E. CUQ, *L'édit Publicien*, in *NRH*, 1877, 1, p. 365 ss.

²⁰⁸ Cfr. E. CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria* cit., p. 20 ss.

osservando che quando le fonti parlano di azioni rescissorie, si riferiscono sempre ad azioni concesse a seguito del *decretum* di *in integrum restitutio*²⁰⁹.

Al dibattito circa le origini dell'*actio Publiciana rescissoria*, in tempi recentissimi fanno seguito le riflessioni di Sciuto²¹⁰ sul contenuto del passo paolino D. 44. 7. 35 pr., in cui Paolo in apertura riporta il pensiero di Caio Cassio Longino circa la distinzione tra azioni onorarie *rei persecutoriae*, che erano perpetue, e le altre azioni onorarie che, invece, potevano essere esperite solo *intra annum*. Nel passo, il giurista sembra preoccuparsi, secondo l'autrice, non tanto di dare contezza dell'esistenza di un'*actio rescissa usucapione*, quanto «di riferire una delle poche eccezioni alla durata perpetua delle azioni reipersecutorie, costituita appunto dall'*actio rescissa usucapione* che si prescrive, a detta di Paolo, in un anno»²¹¹. Questa previsione sarebbe conforme alla natura della *in integrum restitutio* che, dato il suo carattere eccezionale e straordinario, era limitata all'anno di carica del pretore²¹².

Il differente termine entro cui poteva essere esperita l'*actio rescissa usucapione* (rispetto alle altre *actiones rei persecutoriae* accennate nel frammento) viene spiegato da Paolo con quel '*quia contra ius civile datur*' con cui abbiamo visto si chiude il passo, che testimonierebbe la natura diversa ed eccezionale dell'azione. Infatti, mentre l'*actio Publiciana* sarebbe *ad exemplum vindicationis datur*, ossia concessa sul modello della *rei vindicatio* di *ius civile*, l'*actio*

²⁰⁹ Cfr. E. CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria* cit., p. 39; va comunque precisato che già O. LENEL, *EP* cit. p. 120 ss., aveva ritenuto che l'*actio Publiciana rescissoria* traesse origine dal *decretum* di *in integrum restitutio* e che la denominazione derivasse da un processo di avvicinamento logico con l'*actio Publiciana* compiuto dalla giurisprudenza classica.

²¹⁰ Cfr. P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere* cit., p. 188 s.

²¹¹ Cfr. P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere* cit., p. 189.

²¹² Cfr. C. 2. 52. 7: *Supervacuum differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra re publica separantes sancimus et in antique Roma et in hac alma urbe et in Italia et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune: ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen satis nobis absurdum esse visum est. 1. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. 2. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in maiorum tempus, in quo rei publicae causa afuerint vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne praecipitur, et sit non absimilis in hac parte minorum et maiorum restitutio; nonché i rilievi di M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano* (Milano 1958) p. 34 e 38 ss., e P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere* cit., p. 190.*

Publiciana rescissoria si presenterebbe, invece, accordata in aperto contrasto con il *ius civile*, proprio perché volta ad elidere gli effetti dell'istituto civilistico dell'usucapione. In base a tale ragionamento, secondo Sciuto, il limite temporale di un anno stabilito per la sua proponibilità sarebbe giustificato dalla natura *contra ius civile* e, quindi, del tutto eccezionale, dell'*actio Publiciana rescissoria*; e, a conferma di ciò, basterebbe addurre il dato esegetico rappresentato da quel *quia contra ius civile datur* con cui lo stesso Paolo sembra giustificare il termine di prescrizione annuale per la proponibilità dell'azione.

Tale interpretazione, in effetti, può considerarsi convincente se ci si basa sul dato esegetico, in quanto l'*actio Publiciana rescissoria* era effettivamente in aperto contrasto con il *ius civile*, dal momento che - anziché consentire a colui che non era divenuto proprietario di agire in giudizio come se fosse tale - elideva gli effetti dell'*usucapio*, che era un istituto proprio del *ius civile*, facendo così riacquistare, sia pure soltanto *iure honorario*, il diritto di proprietà in capo a chi l'avesse perduto.

Questo dato rende possibile, già di per sé, abbandonare l'idea che l'*actio Publiciana rescissoria* sia stata introdotta contestualmente all'*actio Publiciana* descritta in Gai. 4. 36 in quanto - come si è già avuto modo di vedere nel capitolo precedente - il pretore ha dapprima inteso *adiuvare* l'applicazione del *ius civile* e solo in un secondo momento *supplere* e *corrigere* la sua disciplina. Sulla base di tale ragionamento, balza subito agli occhi che mentre l'*actio Publiciana* si muove ancora entro i limiti del rispetto del *ius civile*, l'*actio Publiciana rescissoria* contravviene apertamente uno degli istituti civilistici più risalenti nel tempo: la *usucapio*.

Inoltre, a ben guardare, la *fictio rescissa usucapione* non è altro che una naturale conseguenza logica del principio che indusse il pretore alla concessione dell'*actio Publiciana*, perché si configura come un'applicazione della stessa, portata però alle estreme conseguenze, e rispondente ancora una volta al tentativo di perseguire l'*aequitas*, il quale, a questo punto dell'evoluzione storica, divenne un obiettivo così importante da poter giustificare un ribaltamento dei principi di *ius civile*.

Se ciò è vero, allora il termine di un anno per la proponibilità dell'*actio Publiciana rescissoria*, apparirebbe anche giustificato dal principio di diritto sostanziale che era alla base della *usucapio* stessa: assicurare nel più breve tempo possibile, la certezza del diritto di proprietà.

La *fictio rescissa usucapione*, quindi, costituisce, a ben guardare, una ulteriore testimonianza dell'uso sempre più sapiente ed articolato dell'espedito della *fictio* cui, con l'andare del tempo, riuscirono a fare ricorso i Romani.

II.4 Segue. L'*actio utilis rescissa capitis deminutione* in relazione alla *in integrum restitutio*.

Riguardo invece ai rapporti tra *in integrum restitutio* e *actio utilis rescissa capitis deminutione*, le questioni irrisolte appaiono ancora più numerose.

Le fonti che contengono un riferimento a tale *actio* sono esigue, dal momento che - se si prescinde dalle poche testimonianze delle *Institutiones* gaiane²¹³ - l'esplicito collegamento di tale azione con la *in integrum restitutio* si desume solo da due frammenti che, secondo la ricostruzione dell'*edictum de capite (de)minutis* di Lenel, erano collocati sotto il titolo '*De in integrum restitutionibus*':

D. 4. 1. 1. (Ulp. 11 *ad ed.*): *Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem.*

D. 4. 1. 2. (Paul. 1 *sent.*): *Sive per status mutationem aut iustum errorem.*

In entrambi i passi vengono elencate le cause in relazione alle quali il pretore poteva concedere la *in integrum restitutio*: più precisamente, mentre nel passo di Ulpiano figurano l'*aetas*, il *metus*, il *dolus* e l'*absentia*, nel frammento di Paolo troviamo indicati l'*error* e lo *status mutationem*; quindi quella *permutatio status*

²¹³ Ci si riferisce alle testimonianze contenute in Gai. 3. 84 e 4. 38, per le quali vd. § 8 del cap. I.

che si aveva con la *cöemptio* e l'*adrogatio* e, per contrastare la quale, poteva essere esperita l'*actio rescissa capitis deminutione*²¹⁴.

L'indicazione della *capitis deminutio* tra le cause che ammettevano il ricorso alla *in integrum restitutio*, rappresenta un forte indice del fatto che l'*actio fictio rescissa capitis deminutione* era connessa all'*in integrum restitutio*; nel senso che è plausibile credere che la rescissione della *capitis deminutio* avvenisse proprio in virtù del meccanismo della *in integrum restitutio*.

Di contro, però - pur ammettendo che la rescissione operasse attraverso il meccanismo pretorio della *in integrum restitutio* - non possono essere trascurati alcuni indizi che suscitano delle perplessità in ordine all'appartenenza di tale *actio* alle *actiones rescissoriae* conseguenti alla *restitutio*.

Tra i principali dati che sembrano allontanare l'*actio utilis rescissa capitis deminutione* dalle *actiones rescissoriae*, si pone in prima battuta l'assenza in Gai. 3. 84 e 4. 38 di un riferimento espresso alla *in integrum restitutio*; cosa che sembra, in effetti, ancor più singolare se si pensa al fatto che quella gaiana è un'opera istituzionale²¹⁵.

Un altro dato che distingue siffatta *actio ficticia* dalle altre *actiones rescissoriae* è stato desunto da:

D. 4. 5. 2. 5 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Hoc iudicium perpetuum est et in heredes et heredibus datur.*

²¹⁴ È stato però evidenziato da C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 130 s. che tale riferimento alla *capitis deminutio* come causa giustificativa per la concessione della *in integrum restitutio* non è del tutto attendibile, perché contenuto nel passo tratto dalle *Pauli Sententiae*, di cui ormai si nega la classicità (cfr. sul punto D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Africa. Mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 1993, p. 28 ss.).

²¹⁵ Cfr. C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 127 s.; D'AMATI, *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione* cit., p. 14; e P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere* cit., p. 179, la quale ritiene che l'assenza nei passi gaiani di uno specifico riferimento alla *in integrum restitutio*, conferma il fatto che non sia ravvisabile un rapporto tra questa e l'*actio rescissa capitis deminutione*. Di contro, però, E. CARRELLI, *D. 4. 5. 2. 1 e la causae cognitio nella restitutio in integrum adversus capite deminutos* cit., p. 144, non ritiene che il silenzio di Gaio in 3. 84 e 4. 38, non sia probante del fatto che in questo caso non ci fosse una *restitutio in integrum*, posto che a ben guardare in Gai. 3. 84 essa appare sottintesa, mentre il § 38 del quarto libro è dedicato alla *fictio*; pertanto, inserirvi un riferimento alla *in integrum restitutio*, che costituisce un antecedente logico, non avrebbe avuto senso ai fini della descrizione dell'operare della *fictio*.

Il testo si riferisce al *iudicium* dell'*actio utilis rescissa capitis deminutione* che Ulpiano definisce come *perpetuum*, in quanto trasmissibile sia dal lato attivo sia dal lato passivo: l'azione, infatti, era esperibile dagli eredi del creditore contro gli eredi del debitore, a differenza dei *iudicia rescissoria* scaturenti da una *in integrum restitutio*, i quali, invece, potevano essere incardinati entro un anno dal compimento dell'atto²¹⁶.

Inoltre, tale *actio ficticia* si contrappone alla *in integrum restitutio* perché, mentre l'*actio* veniva concessa dal pretore senza una previa *causae cognitio*, la *in integrum restitutio* richiedeva sempre una previa cognizione della controversia²¹⁷.

²¹⁶ A tal proposito cfr. D. 44. 7. 35 pr. (Paul. 1 *ad ed. praet.*): *In honorariis actionibus sic esse definiendum cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur;* e D. 42. 8. 1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*): *Ait praetor: "... intra annum, quo experiundi potestas fuerit [actionem dabo] <in integrum restituum>.* Quest'ultimo testo in particolare si riferisce alla *restitutio in integrum ob fraudem*, concessa al *curator bonorum* o ai creditori frodati contro il terzo che avesse consapevolmente acquistato in frode ai creditori del proprio dante causa; cfr. L. D'AMATI, *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione* cit., p. 15. Cfr. anche E. CARRELLI, *D. 4. 5. 2. 1 e la causae cognitio nella restitutio in integrum adversus capite deminutos* cit., p. 144 s., il quale considera il frammento contenuto in D. 4. 5. 2. 1 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Ait praetor: "Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo"* interpolato, perché ritiene che con il termine *iudicium* in verità si intenda indicare la *in integrum restitutio*, anche se, successivamente, afferma: «il fatto che il par. in esame costituisca parte di un frammento ove si commenta l'editto e si parla della restituzione dell'azione (*restituitur actio*) e non del suo esperimento dà diritto ad arguire che il testo si riferisca appunto alla *in integrum restitutio*, ma in tal caso non si può assolutamente più spiegare come Ulpiano commetta l'enormità di chiamare *iudicium* una *restitutio in integrum*»; e C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 128, che, in risposta all'ipotesi di Carrelli, osserva: «come si vede, per salvare l'inquadramento sistematico della nostra azione nella *restitutio in integrum*, si è dunque costretti a sostenere l'interpolazione di certi testi o a leggere tra le righe di altri cose che in effetti non risultano scritte».

²¹⁷ Cfr. L. D'AMATI, *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione* cit., p. 14. Con riguardo, però, alla questione dell'assenza di una *causae cognitio* come tratto caratteristico delle *actiones ficticiae*, dopo aver condotto un'indagine approfondita sull'espedito processuale della *fictio*, sorge qualche perplessità. La *fictio*, infatti, presupponeva come esistente un fatto in verità non verificatosi, oppure, supponeva come se non fosse accaduto un fatto che in realtà era avvenuto. È quindi quantomeno incerto che il pretore, prima di concedere un'*actio ficticia* non si accertasse, seppur sommariamente, della fattispecie concreta dedotta dalle parti, tenuto anche conto del fatto che contro l'attore che esperiva una tale azione il convenuto non poteva opporre un'*exceptio* volta ad invalidare la *fictio*. Alla luce di tali riflessioni sorge qualche dubbio sul fatto che il magistrato - quantomeno nella fase iniziale, di introduzione delle *actiones ficticiae* - concedesse tali azioni *tout court*, senza prima procedere ad una anche solo sommaria *causae cognitio*.

Alla luce di tali incongruenze, il Carrelli sostiene che ci si trovi di fronte ad un caso anomalo «ove la parabola, che ha come normale punto di partenza l'atto o fatto estintivo, come vertice la *restitutio in integrum*, e come punto di arrivo il giudizio rescissorio, viene percorsa solo nel suo tratto discendente, in quanto qui l'*actio rescissoria adversus capite deminutos* appare concessa, se non prescindendo da una *restitutio in integrum*, almeno secondo un ordine logico, per cui questa e la concessione dell'azione appaiono poste su di un medesimo piano, cosicché la prima viene a trovarsi concettualmente del tutto nascosta, dietro la seconda»²¹⁸.

Di diverso avviso è invece Furia, che critica la tesi di Carrelli appellandosi al dato esegetico desumibile dal commento di Ulpiano con riguardo al *capite deminutus*²¹⁹:

D. 4. 5. 2. 1 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easque perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo.*

Nel frammento viene riportata quella che doveva essere la formulazione dell'editto pretorio, e in esso viene specificato che il pretore prometteva di accordare un *iudicium (iudicium dabo)* contro coloro che - dopo aver compiuto un atto giuridico o aver concluso un contratto - avevano reso la loro condizione giuridica peggiore *perinde quasi id factum non sit*: vale a dire che la tutela veniva accordata quasi come se la condizione giuridica di tali soggetti non fosse peggiorata.

Afferma l'autrice che «nella formulazione dell'editto nulla ci fa pensare che si tratti di una *restitutio*: si tratta semmai di un'*actio ficticia quasi id factum non sit*. Il fatto che qui l'elemento che si finge è negativo non è di ostacolo alla classificazione di quest'azione tra le *actiones ficticiae*... ma particolarmente non si capisce perché in quest'editto si dovrebbe avere una *restitutio* nascosta dietro la *rescissoria*, come sostiene Carrelli, oppure un effetto restitutorio connesso alla

²¹⁸ Cfr. E. CARRELLI, *D. 4. 5. 2. 1 e la causae cognitio nella restitutio in integrum adversus capite deminutos* cit., p. 143.

²¹⁹ Cfr. C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 129 s.

concessione dell'azione... soprattutto quando nelle altre ipotesi di *restitutio*, di cui abbiamo la formula, il pretore promette: '*te in integrum restituum*', o '*in integrum restitutionem dabo*'»²²⁰. Dunque, l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*, si configura, in verità, come un'azione semplicemente *ficticia*.

Tuttavia, conclude la studiosa, non è da escludere che vi sia stata un'evoluzione storica dell'istituto tale per cui, in un primo momento, con l'editto pretorio si sarebbe accordata tutela al creditore contro il *capite deminutus* solo attraverso l'*actio ficticia* e, successivamente, la *iuris prudentia*, commentando le varie clausole dell'editto del pretore, avrebbe raggruppato tutte quelle azioni con funzione rescissoria o restitutoria, includendovi anche l'*actio rescissa capitis deminutione*, la cui funzione rescissoria è indubbia giacché dava per non avvenuta la *capitis deminutio* in capo al debitore²²¹.

La tesi di Furia appare persuasiva e, a ben guardare, attribuisce un rilievo sempre maggiore all'espedito della *fictio*, a conferma del fatto che esso non si sarebbe tradotto in un mezzo processuale di marginale rilevanza, ma avrebbe costituito uno strumento che in concreto svolse un ruolo cruciale, sia perché di fatto guidò la transizione dal precedente *lege agere* al successivo *agere per formulas*, sia perché consentì di tenere in piedi quest'ultimo sistema processuale attraverso l'adeguamento del diritto sostanziale verso sempre nuove soluzioni, conformi ai principi di *aequitas*.

²²⁰ Cfr. C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 129.

²²¹ Cfr. C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'* cit., p. 130 s.; e D'AMATI, *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione* cit., p. 15, la quale sottolinea come «non mi sembra... che in un siffatto quadro generale queste singole anomalie possano aprioristicamente impedire di considerare quella prevista dall'*edictum de capite (de)minutis* solo come un'ipotesi di *restitutio in integrum*: semmai, appare più verosimile considerarla come un'ipotesi a sé stante. D'altro canto è ragionevole pensare (...) che "*in integrum restituere* indica soltanto il fine a cui il rimedio è rivolto", e che "quindi, l'*i.i.r.* non ha forme proprie", esplicandosi anche (o "nascondendosi" anche) in taluni casi, mediante la concessione di *actiones ficticiae*, in altri di eccezioni. Ed in effetti uno di questi casi ben potrebbe essere l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*».

II.5 La *fictio* nelle *actiones adiecticiae qualitatis* . Possibile esistenza di una *fictio libertatis* .

In relazione al secondo gruppo, preannunciato al § 1 di questo capitolo ed avente ad oggetto *fictiones* che - pur non rientrando nell'elencazione gaiana di cui ai §§ 34 ss. - producevano effetti sul piano della tutela giuridica, si pone la complessa problematica del funzionamento di quelle *actiones* che, con terminologia medievale, sono dette ' *adiecticiae qualitatis* '.

Si trattava di azioni introdotte *iure honorario* al fine di derogare al principio civilistico secondo cui i *filii* ed i *servi* non potevano compiere atti che avessero effetti giuridici svantaggiosi per la situazione patrimoniale del *pater* (*condicionem patris deteriolem non potest*)²²². Infatti, sulla base di questo principio, il *pater* non rispondeva delle eventuali obbligazioni contratte dal suo sottoposto, e i creditori - proprio perché, in caso di inadempimento, non potevano agire in giudizio nei confronti del titolare della *potestas* - non volevano entrare in rapporti d'affari con i *potestati subiecti* .

Pertanto, per evitare che tale regime pregiudicasse i traffici commerciali, il pretore stabilì che il *pater* fosse obbligato *in solidum* per l'intero nei confronti dei terzi per gli atti giuridici compiuti dai *filii* o dai *servi* al ricorrere di determinati presupposti: che l'atto fosse stato compiuto *iussu patris* : in tale ipotesi al creditore veniva concessa un' *actio quod iussu* ; che il figlio fosse stato preposto come *magister navis* per l'esercizio di un'attività commerciale marittima: in questo caso l' *actio* posta a tutela era detta *exercitoria* ; o ancora che egli fosse stato preposto quale *institor* alla gestione di un'altra attività commerciale: in tal caso diventava esperibile l' *actio institoria* .

Nei casi in cui, invece, l'atto veniva compiuto di propria volontà dal *filius* o dal *servus* per mezzo del *peculium* che gli era stato messo a disposizione dal *pater* (ipotesi, tra l'altro, parecchio frequente) i terzi potevano ugualmente agire contro

²²² Secondo quanto affermato, con specifico riferimento ai *servi* , in D. 50. 17. 133 (Gai. 8 *ad ed prov.*): *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest* ; in D. 16. 1. 27. 1 (Pap. 3 *resp.*): *Cum servi ad negotiationem praepositi cum alio contrahentes personam mulieris ut idoneae sequuntur, exceptione senatus consulti dominum summovet: nec videtur deterior causa domini per servum fieri...* ; e, con riguardo ai *filii familias* , in D. 12. 2. 24 (Paul. 28 *ad ed.*): *...ipsi (scil. filii) autem referentes condicionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt deteriolem* .

l'avente potestà, ma, stavolta, questi non rispondeva *in solidum*, bensì entro i limiti dell'attivo peculiare²²³.

Secondo la dottrina tradizionale la costruzione formulare di queste azioni era basata sull'espedito tecnico della c.d. trasposizione di soggetti²²⁴ che si realizzava indicando nell'*intentio* formulare il nome *filius* o del *servus* che aveva compiuto l'atto giuridico e, nella *condemnatio*, il nome del *pater* o del *dominus*, che doveva subire la condanna per l'atto compiuto dal *potestati subiectus*²²⁵. Si trattava, quindi, di azioni che erano costruite nella stessa maniera di quelle usate per far valere la rappresentanza processuale del *cognitor* e del *procurator*, sebbene la struttura delle *actiones adiecticiae qualitatis* poneva un problema ulteriore: i *servi* – così come i *filii* -nell'esperienza giuridica romana non poterono mai assumere *obligationes civiles* nei confronti dei terzi ma esclusivamente *obligationes naturales*, dalle quali però non scaturiva alcuna azione²²⁶. Come era possibile, allora, coordinare tale principio giuridico con la necessità di inserire nell'*intentio* formulare il nome del *servus* che avesse compiuto l'atto giuridico?

La dottrina più risalente²²⁷, sulla base di alcuni passi contenuti nei *Digesta*, ha riscontrato come fosse necessario – nel caso di atto compiuto da uno schiavo - fingere che questi fosse un uomo libero al momento dell'assunzione dell'obbligazione e, quindi, fare ricorso ad una *fictio libertatis* perché, solo attraverso il ricorso a tale espedito tecnico, si sarebbe potuto inserire il nome del servo all'interno dell'*intentio* formulare.

²²³ Come si apprende da Gai. 4. 72a: *Est etiam de peculio... actio a praetore constituta. Licet enim negotium ita gestum sit cum filio servove, ut neque voluntas neque consensus patris dominive intervenerit, si quid tamen ex ea re quae cum illis gesta est, in rem patris dominive versum sit, quatenus in rem eius versum fuerit, eatenus datur actio... At si nihil sit versum praetor dat actionem dumtaxat de peculio...*

²²⁴ Cfr. F. L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht* (Zürich 1827), p. 420 ss. e di O. LENEL, *EP* cit., p. 256 ss.

²²⁵ Sull'erroneità della scelta dell'appellativo azioni con trasposizione di soggetti cfr. C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* cit., p. 131 s., che preferisce più genericamente parlare di una struttura formulare applicabile a diverse azioni.; e G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano* (Catania 1999), p. 171 nt. 1. Sull'argomento cfr. anche, M. TALAMANCA, «*Il processo civile*», in *ED*, XXXVI, p. 59 s.

²²⁶ Sui *debita* dei *potestati subiecti* come *obligationes naturales*, cfr. S. LONGO, *Naturalis obligatio e debitum servi in Gai. 3. 119a* cit., p. 86 ss.

²²⁷ F. L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil* cit., p. 420 ss., e O. LENEL, *EP* cit., p. 256 ss.

La *fictio libertatis*, quindi, si inseriva – così come le altre *fictiones* - nell'*intentio* formulare e ne modificava la struttura dando luogo ad un'affermazione di questo tipo: *Quicquid Seium servum, si liber esset, Titio dare facere oporteret*²²⁸.

Le fonti dalle quali può essere desunta l'esistenza della *fictio libertatis* sono, in verità, piuttosto esigue e possono essere riassunte in tre frammenti che, come è stato evidenziato²²⁹, riguardano esclusivamente l'esercizio dell'*actio de peculio*.

Il primo di tali frammenti è:

D. 19. 1. 24. 2 (Iul. 15 dig.): *Servo vendente hominem fideiussor venditionis omnia praestare debet, in quae obligaretur, si pro libero fideiussisset: nam et in dominum actio sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero vendente consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.*

Il passo viene addotto a testimonianza della necessità di fare ricorso alla *fictio libertatis*, perché prende in considerazione l'ipotesi di una fideiussione prestata a garanzia dell'obbligazione assunta dallo schiavo per aver contratto un'*emptio venditio* con un terzo²³⁰. In questo caso, il fideiussore dello schiavo doveva garantire tutto ciò a cui sarebbe stato obbligato se avesse prestato fideiussione per un uomo libero. Per tale motivo al terzo veniva concessa un'azione contro l'avente potestà, per far sì che conseguisse quanto questi avrebbe ottenuto se ad obbligarsi fosse stato un uomo libero. Ovviamente, come troviamo specificato a chiusura del passo, in questo scenario giuridico il titolare della *dominica potestas* non veniva condannato oltre i limiti dell'attivo peculiare.

Il secondo frammento in cui è stata riscontrata una traccia dell'uso della *fictio libertatis* da parte dei Romani è:

²²⁸ Cfr. F. L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil* cit., p. 426.

²²⁹ Cfr. M. MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei '*debita servorum*' all'interno della struttura formulare delle '*actiones adiecticiae qualitatis*', in *Annali Seminario Giuridico* (Palermo 1998), XLV, 2, p. 329.

²³⁰ Com'è noto, la *fideiussio* era l'unica forma di garanzia personale che poteva accedere a qualsiasi *obligatio*, persino ad un'*obligatio naturalis*, cfr. D. 46. 1. 1 (Ulp. 39 *ad Sab.*): *Omni obligationi fideiussor accedere potest*; Gai. 3. 119a: *Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur.*

D. 45. 2. 12. 1 (Ven. 2 *stip.*): *Si a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a servo, et quasi duos reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Iulianus scribit, quamquam, si servus spoponderit, in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset.*

In tale passo si afferma che se venivano promessi, sia da Tizio sia dal pupillo *sine tutoris auctoritate*, oppure da uno schiavo, diecimila sesterzi, le due promesse dovevano intendersi come solidali. Secondo Giuliano era obbligato solo Tizio, anche se la promessa era fatta dallo schiavo, sebbene per l'*actio de peculio* valessero le stesse regole vigenti per il caso in cui lo schiavo fosse libero.

Infine vi nel terzo frammento, del giurista Paolo:

D. 9. 4. 19. 2 (Paul. 22 *ad ed.*): *Si servus tuus navem exercuerit eiusque vicarius et idem nauta in eadem nave damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic vicarius servus eius esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris: ut tamen, si servi tui iussu vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat. Idemque sit etiam, si nautam facere iusserit.*

Nel passo viene presa in considerazione un'ipotesi piuttosto complessa: l'esercente la *dominica potestas* affida al *servus* una impresa di navigazione; senonché, durante la navigazione, il vicario del *servus* arreca un danno a terzi. In questo caso l'azione viene concessa contro lo schiavo come se fosse libero e il suo vicario fosse suo *servus*; e al fine di condannare il vero *dominus* al pagamento della somma corrispondente, entro i limiti dell'attivo peculiare, fatta salva la possibilità (la cosiddetta alternativa nossale) di liberarsi del vicario o del *servus* stesso, qualora il vicario avesse agito su ordine di lui.

Dall'esame complessivo di tutti e tre i frammenti, parte della romanistica, quella più antica²³¹, ha desunto l'esistenza di una *fictio libertatis*, che era quindi diversa da quelle descritte da Gaio nei §§ 4. 34 ss.: essa risultava imprescindibile per la costruzione delle *actiones adiecticiae qualitatis*, dal momento che attraverso tali azioni veniva consentito al terzo di agire per le obbligazioni assunte dal servo, il quale, però, non poteva assumere alcuna *obligatio civilis*. Era perciò necessario

²³¹ Cfr. F. L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil* cit., p. 246 ss., e O. LENEL, *EP* cit., p. 256 ss.

che nell'*intentio* figurasse, oltre il nome dello schiavo, la finzione che fosse un uomo libero.

Tale impostazione dottrinale è rimasta sostanzialmente immutata per lungo tempo; ne è testimonianza il fatto che nella manualistica le *actiones adiecticiae qualitatatis* sono ricostruite per mezzo del ricorso alla trasposizione di soggetti²³².

Di recente, però, Miceli²³³ ha posto in dubbio l'intera ricostruzione della questione, sottolineando come, in verità, i passi in esame non testimoniano l'utilizzo e nemmeno la configurabilità di una *fictio libertatis*, in quanto non vi è alcuna fonte che testimoni la struttura formulare delle *actiones adiecticiae qualitatatis*. Il fatto che tali azioni siano state ricostruite dalla dottrina sul modello di quelle volte a far valere la rappresentanza processuale in giudizio deriva, secondo l'autrice, da una mera deduzione logica della dottrina più risalente che, però, non trova alcun addentellato nelle fonti pervenute.

A sostegno della propria tesi, la studiosa sottolinea come ammettere che le *actiones adiecticiae qualitatatis* necessitassero dell'espedito della *fictio libertatis*, prospetterebbe almeno altre tre ipotesi in cui la costruzione di tale azioni non avrebbe potuto realizzarsi se non attraverso il ricorso ad altre e diverse *fictiones*: il caso in cui il *servus* e il *filius* fossero morti dopo aver compiuto il negozio²³⁴; l'altro dove l'operazione negoziale fosse stata conclusa dal *dominus* del *servus* preposto come *intitor* da un terzo²³⁵, e infine l'ipotesi di attività posta in essere da un *impuberum*²³⁶.

²³² Cfr., ma solo a titolo di esempio, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 264 e M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano* cit., p. 167.

²³³ Cfr. M. MICELI, 'Fictio libertatis': rilevanza dei 'debita servorum' all'interno della struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatatis' cit., p. 325 ss., e, successivamente, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatatis'* (Torino 2001) p. 17 ss.

²³⁴ Cfr. D. 14. 1. 4. 3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si servus sit, qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit, nihilo minus is qui eum alienavit tenebitur. Proinde et si decesserit servus, tenebitur: nam et magistro defuncto tenebitur*; D. 14. 6. 18 (Venul. 2 *stipul.*): *Creditorem filii familias mortuo eo fideiussorem accipere non posse Iulianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat: plane a patre eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi*; D 15. 2. 1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Praetor ait: «post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteaquam is mancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate fuerit factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo».*

²³⁵ Cfr. D. 14. 3. 11. 8 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si a servo tuo operas vicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero isque tibi mercem vendiderit, emptio est: nam cum dominus a servo emit, est*

A fronte di tutte queste ipotesi Lenel²³⁷ aveva prospettato l'impiego di altre *fictiones*; così, nel caso di morte dello schiavo, aveva ipotizzato il ricorso alla *fictione* “*si Stichus liber fuisset, tum si heredem...eius*”; nel caso in cui il negozio fosse stato concluso dallo stesso *dominus* del *servus*, il ricorso alla *fictione* “*si liber (sue potestatis) esset*”; infine, per l'ipotesi in cui autore del negozio fosse stato un impubere, la *fictione* “*si puber fuisset*”, estendendo in tal modo oltre misura il novero delle finzioni processuali.

Tuttavia le *fictiones* prospettate da Lenel non trovano conferma nelle fonti; peraltro, il fatto che Gaio non ne faccia nemmeno cenno, induce a credere che siano il frutto dell'elaborazione dottrinaia piuttosto che dell'esperienza giuridica romana. È infatti preferibile non procedere per mere deduzioni logiche all'indagine sull'espedito della *fictione*; altrimenti, così facendo, si rischia di ampliare all'infinito il campo di applicazione della finzione e si finisce per perdere di vista la sua ricostruzione storico-giuridica.

Quindi, sebbene sia possibile, più in generale, immaginare che le *fictiones* processuali non fossero solo quelle enumerate da Gaio in 4. 34 ss., non sembra prudente andare oltre a tale supposizione.

A prescindere da tali considerazioni, secondo Miceli appare più plausibile credere che le *actiones adiecticiae qualitatis* avessero un'altra struttura, diversa da quella ricostruita da Lenel, perché in verità attraverso di esse il creditore faceva valere un'obbligazione propria del *pater* o del *dominus*; pertanto, nell'*intentio*, non andavano menzionati coloro che avevano compiuto l'atto, ma andava indicata l'*obligatio* che gravava sul preponente anziché sui sottoposti²³⁸.

La teoria della studiosa, in effetti, appare convincente. Si può inoltre rilevare che presupporre l'esistenza della *fictione libertatis* e quindi della finzione che il

emptio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit; D. 14. 3. 12 (Iul. 11 dig.): *Et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi vero adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim: pretiumque, quo emisti; in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses.*

²³⁶ Cfr. D. 14. 3. 7. 2 (Ulp. 28 ad ed.): *Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeponuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeponuit*; D. 14. 3. 8 (Gai. 9 ad ed.): *Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt.*

²³⁷ O. LENEL, *EP* cit., p. 265.

²³⁸ Cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'* cit., p. 77.

servus fosse un uomo libero, spezzerebbe qualsiasi legame di questi con il *dominus*; con la conseguenza che si perderebbe la ragione giustificativa di agire contro l'esercente la *dominica potestas* per ottenerne la *condemnatio*. In sostanza, la circostanza - seppur fittizia - che lo schiavo fosse libero, a ben guardare, priverebbe di giustificazione il fatto che il terzo non avesse azione contro colui che aveva compiuto l'atto, bensì contro il suo *dominus*.

II.6 La c.d. *fictio suitatis*.

È possibile individuare all'interno delle *Institutiones* gaiane l'operare di una ulteriore figura di *fictio*, la quale - benché esuli dalla trattazione delle *fictiones* processuali dei §§ 34 ss. - aveva ugualmente delle ripercussioni sul piano della tutela giuridica.

Tale finzione è stata intravista da qualche autore²³⁹ in alcuni passi contenuti del libro terzo relativo alla successione *ab intestato*, a proposito della concessione - ad opera del pretore e in via equitativa - della *bonorum possessio sine tabulis*.

In tale contesto si riscontrano alcune affermazioni che possono essere giustificate e comprese solo ipotizzando l'operare nella mentalità giuridica romana di una finzione, conosciuta dalla romanistica come *fictio sui heredes* o, più semplicemente, *fictio suitatis*.

La prima testimonianza da prendere in esame è la seguente:

Gai. 3. 19 - 20: *Statim enim emancipati liberi nullum ius in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse. 20 Idem iuris est, si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati nec ab imperatore in potestatem redacti fuerint.*

Essa è correlata al successivo brano gaiano ed entrambe si spiegano solo se lette insieme:

Gai. 3. 25 - 26: *Sed hac iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. 26 Nam liberos 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.*

²³⁹ Cfr. P. VOCI, *Diritto romano ereditario romano* cit., II, p. 11 s.; U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 171 ss.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 272 s.

In tali passi si fa riferimento alle categorie dei figli emancipati che essendo fuoriusciti dalla *potestas* del padre, avevano perso ogni diritto sull'eredità paterna perché non più *sui heredes*, nonché ai figli di padri stranieri che - pur avendo acquisito la cittadinanza romana insieme al padre - non erano stati costituiti *in potestate* dall'imperatore, i quali, parimenti, rimanevano esclusi dalla successione²⁴⁰. Entrambe le categorie venivano tutelate dal pretore attraverso la concessione della *bonorum possessio sine tabulis*.

Infatti, sia gli emancipati sia coloro che non erano stati costituiti sotto la *potestas* del *pater* dall'imperatore, non erano considerati *sui heredes* dal *ius civile*, perché era venuto meno (o non si era mai stato costituito) il vincolo giuridico con il *pater*. Ciò che li legava al padre, era solo quel legame naturale che derivava dalla procreazione, al quale il pretore dava rilevanza attraverso la concessione della *bonorum possessio*. In via edittale venivano perciò chiamati alla successione ereditaria tutti i figli, anche quelli che non erano *in potestate patris*, i quali venivano trattati come se si trovassero ancora sottoposti al *de cuius*, a prescindere dal fatto che vi fossero o meno altri figli che dovevano essere chiamati alla successione paterna perché effettivamente erano sempre stati vincolati dalla *patria potestas* del padre.

Si ignora quale fosse il contenuto della clausola edittale che avesse come obiettivo quello di concedere tutela a tali soggetti attraverso la *fictio* che fossero in potestà del *pater* e che, quindi, fossero *sui heredes*, ma un tentativo in tal senso è

²⁴⁰ Per il caso dei figli di padri stranieri che insieme al padre avevano ottenuto la cittadinanza romana dall'Imperatore ma non erano stati sottoposti sotto la *sua potestas*, cfr. Gai. 1. 93: *Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit; quod ita demum is facit, si causa cognita aestimaverit hoc filiis expedire. Diligentius autem exactiusque causam cognoscit de impuberibus absentibusque; et haec ita edicto divi Hadriani significantur*, ove il giurista afferma che i figli dello straniero che abbia richiesto la cittadinanza romana saranno costituiti in potestà solo se l'Imperatore ritenga che ciò arrechi ad essi un vantaggio; nonché Gai. 2. 135a: *In potestate patris non sunt, qui cum eo civitate Romana donati sunt, nec in accipienda civitate Romana pater petiit statim a principe, ut eos in potestate haberet, aut, si petiit, non impetravit: nam qui in potestatem patris ab imperatore rediguntur, nihil differunt ab his, qui ita nati sunt*, in cui si trova specificato che i figli che avevano ottenuto la cittadinanza romana insieme al padre, non sottostavano alla sua *patria potestas* se la costituzione di tale potere non era stata richiesta all'Imperatore, oppure se tale richiesta era stata avanzata ma non accolta. Infatti, dato che la *potestas* era un potere proprio ed esclusivo dei *cives Romani* (cfr. Gai. 1. 55: *Quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, quale nos habemus*), essa era preclusa ai *peregrini*, i quali - solo dopo aver ottenuto la cittadinanza per concessione dell'Imperatore - potevano chiedere che venisse costituita anche la propria *potestas* sui figli; e, solo se la *potestas* veniva costituita, il figlio succedeva al padre sulla base della *fictio suitatis*.

stato fatto da Lenel, che la ricostruisce nel seguente modo: *his qui in potestate parentis morientis fuerunt fuissentve si capite deminuti non essent, pro qua (quisque) parte intestato sui herede essent*²⁴¹.

Anche questa finzione, come quelle prese in considerazione in 4. 34 e ss., era perciò ispirata ad esigenze di *aequitas*²⁴² e rispondeva al mutato contesto socio-economico che richiedeva di dare riconoscimento anche a legami non prettamente giuridici bensì naturali, derivanti dalla procreazione²⁴³.

Tuttavia, diversamente dalle altre, tale *fictio* non era contenuta in una specifica *actio* e quindi non dava luogo ad una *formula ficticia*, come le *fictiones* contenute in 4.31-38, bensì operava sul diverso piano del diritto sostanziale²⁴⁴ o - per meglio dire - consentiva dal punto di vista logico l'applicazione di una disciplina diversa da quella che a rigore avrebbe dovuto regolare quella specifica fattispecie²⁴⁵, influenzando così indirettamente sul piano della tutela giuridica.

²⁴¹ Cfr. O. LENEL, *EP* cit., p. 343.

²⁴² Sul punto basti confrontare Gai. 3. 18 ss. ove, con riferimento specifico alla successione *ab intestato*, si afferma che la disciplina prevista dalle XII Tavole era *ius strictum*, mentre, nei §§ 25 ss., si sottolinea che le iniquità del sistema successorio di *ius civile* vennero superate dal pretore.

²⁴³ A tal proposito, è stato giustamente evidenziato da E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 274, che il giurista in 3. 26 ha scelto di adottare il termine *parens*, in luogo del più tecnico termine *pater* quando ha enunciato il contenuto della finzione (*'proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent'*), perché ha voluto porre l'accento proprio sul legame derivante dalla naturale discendenza piuttosto che su quello giuridico connesso alla *potestas*.

²⁴⁴ Cfr. U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 176, ed E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 279 s., che osserva come non si possa ignorare l'utilizzo di quella terminologia diversa e più generica ottenuta attraverso quel *'proinde ac si'* e *'fuissent'* che si ritroverà anche nelle altre e diverse finzioni operanti sul piano del diritto sostanziale (vd. *infra* cap. III).

²⁴⁵ Fermo restando che si può ragionevolmente ipotizzare che all'interno di un'*actio* esperita da o contro tali categorie di soggetti potesse verosimilmente essere contenuta una *fictio* *'si... heres esset'* o una *fictio rescissa capitis deminutione* delle cui applicazioni, però, non possediamo alcuna traccia. La *fictio suitatis* secondo alcuni autori era molto importante perché spiegava la funzione di tenere il sistema pretorio in qualche modo legato al sistema di *ius civile*: così, tra gli altri, P. VOCI, *Diritto romano ereditario romano* cit., II, p. 12. Mentre, per un raffronto comparatistico tra *fictio suitatis* e *fictio* *'si... heres esset'*, cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 281 s., il quale afferma che tali *fictiones* avevano diverse finalità: la *fictio suitatis* era necessaria a consentire la delazione; la *fictio* *'si... heres esset'*, invece, consentiva ai *bonorum possessores* di agire o di essere convenuti in giudizio. In ragione di ciò, l'autore immagina che l'una fosse precedente all'altra perché, a ben guardare, la *fictio suitatis* precedeva, quantomeno dal punto di vista logico, la *fictio* *'si... heres esset'*: i *liberi emancipati*, infatti, avrebbero dovuto dapprima ottenere la *bonorum possessio*, e, solo successivamente, agire o essere convenuti in qualità di *heredes*.

Secondo parte della romanistica²⁴⁶, per raggiungere l'obiettivo di far concorrere alla successione del *pater* i figli emancipati, si rendeva necessario il ricorso ad una doppia finzione perché, da un lato, si fingeva che la *capitis deminutio minima*, originata dall'*emancipatio* del *filius*, non fosse mai avvenuta e, dall'altro, che la *patria potestas* si fosse prolungata sino al momento dell'apertura della successione.

Altri autori²⁴⁷, invece, privilegiando il dato esegetico di cui al passo 3. 26, preferiscono descrivere il contenuto della *fictio suitatis* in modo più aderente alla fonte, e affermano che la finzione consisteva nella supposizione che coloro che avessero perso la qualifica di *sui heredes*, perché non si trovano più *in potestate patris*, vivessero invece nella sua potestà.

È però possibile rintracciare un elemento focalizzante con più precisione il contenuto della *fictio suitatis* in un frammento di Paolo, in tema di successione *ab intestato*, e, conseguentemente, di *bonorum possessio secundum tabulas*:

D. 37. 1. 6. 1 (Paul. 42 *ad ed.*): *Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.*

Dal frammento si evince che il pretore si serviva del meccanismo della rescissione della *capitis deminutio* al fine di garantire ai figli emancipati la possibilità di succedere al *de cuius*. Era attraverso tale espediente che il pretore attribuiva maggior rilievo al legame di sangue piuttosto che a quello giuridico.

Sulla base di ciò, alcuni autori hanno sottolineato come la *fictio suitatis* fosse nella sostanza una *fictio rescissa capitis deminutione* la quale, tuttavia, a differenza

²⁴⁶ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 650; U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 171.

²⁴⁷ Cfr., per es., E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 279.

di quella descritta da Gaio in 4. 38, sarebbe volta a vantaggio (e non a sfavore) del soggetto che ha subito la *permutatio status* per mezzo dell'*emancipatio*²⁴⁸.

In ogni caso, si ritiene generalmente che la rescissione della *capitis deminutio* non fosse sufficiente a far ricadere sotto la potestà del *pater familias* i figli che erano stati dati in adozione e che, quindi, erano caduti sotto la potestà di un altro *pater familias*. In questa ipotesi, infatti, il rapporto tra il padre naturale e il figlio non poteva essere ripristinato senza incidere sulla sfera giuridica del padre adottivo²⁴⁹.

Diverso era però il caso in cui il padre adottivo avesse proceduto all'*emancipatio*, perché in questo caso il figlio si sarebbe trovato sostanzialmente nell'ipotesi prevista al passo 3. 19 e, quindi, la rescissione della *capitis deminutio* sarebbe tornata ad essere sufficiente per dare rilievo al legame di sangue con il padre naturale²⁵⁰; così come si evince dalle stesse *Institutiones* gaiane nonché da quelle giustinianee:

Gai. 2. 137: *Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur; si vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre ((emancipati)) fuissent.*

I. 2. 13. 4: *...cum vero emancipati fuerint ab adoptivopatrem, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.*

I. 3.1.10: *...Nam vivo ei emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent nec umquam in adoptiva familia fuissent...*

²⁴⁸ Cfr. L. D'AMATI, *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione* cit., p. 12. Sembra privilegiare l'aspetto della rescissione della *capitis deminutio* per spiegare il contenuto della *fictio suitatis*; ed E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, (Milano 2009), p. 110, il quale per altro all'interno di tale studio sembra modificare la teoria (precedentemente espressa in *Fictio iuris* cit., p. 280) circa il contenuto della *fictio suitatis*.

²⁴⁹ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 15, ove si legge che «non si può dimenticare una potestà effettiva per supporre una fittizia».

²⁵⁰ Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Datio in adoptionem. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale* (Milano 1990), I, p. 469 s.; ed E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 276 s.

Basandosi poi sul rilievo attribuito dal pretore al legame di sangue padre-figlio, la dottrina²⁵¹ ha teorizzato almeno un altro caso in cui il discendente non sottostava alla *potestas* del *pater familias* ma veniva comunque incluso nella successione necessaria attraverso la *fictio suitatis*: ovvero, quando vi era stata l'emancipazione sia del figlio che del nipote, perché in questo caso, morto il *pater familias* e poi il *filius*, il nipote non cadeva sotto la *potestas* del *pater* bensì veniva comunque considerato un *suus heres*. Secondo Bianchi, «in tale ipotesi la *fictio* giunge al suo estremo in quanto non si deve solo supporre che ‘perduri’ una *potestas* che, in precedenza, era stata effettivamente sussistente, ma se ne deve immaginare una che, in realtà non ha mai avuto inizio»²⁵².

Anche se tale fattispecie risulta plausibile dal punto di vista logico, in verità, non si rintraccia da nessuna parte nelle fonti a nostra disposizione. I passi di Gaio 3. 19- 20, inoltre, si riferiscono espressamente alle sole categorie degli emancipati e dei figli che, dopo aver ottenuto la cittadinanza dall'imperatore, non fossero stati costituiti nella potestà del padre; quindi ammettere, l'operare del meccanismo della *fictio suitatis* anche a vantaggio del nipote emancipato, costituisce una mera deduzione logica non avallata da alcun dato esegetico.

Diversa appare, invece, la questione dell'operare della *fictio suitatis* in relazione alla condizione giuridica dei *postumi*. A tal proposito Lamberti²⁵³ ha sottolineato come tale *fictio* servisse anche ad annoverare i *postumi* tra la categoria dei *sui heredes*.

L'autrice, partendo dal dato esegetico offerto dalle XII Tavole (secondo cui se i concepiti nascevano entro dieci mesi dalla morte del padre, spettava loro la stessa condizione giuridica dei nati) ritiene che sarebbe stata l'*interpretatio* pontificale a consentire ai concepiti nati entro dieci mesi dalla morte del *pater* di essere

²⁵¹ Cfr. P. VOICI, *Diritto romano ereditario romano* cit., II, p. 11; ed E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 274.

²⁵² Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 274 s.

²⁵³ Cfr. F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana* (Napoli 1996), I, p. 111 s.

annoverati tra i *sui heredes*. In sostanza, la costruzione logica atta a consentire l'inclusione dei concepiti tra i *sui heredes* era proprio la *fictio suitatis*²⁵⁴.

È stato però obiettato che nel caso del nato successivamente alla morte del *pater*, non si richiedeva l'operare di alcuna finzione, perché in verità i concepiti venivano inclusi tra i *sui heredes* in previsione dell'evento futuro della loro nascita²⁵⁵.

La *fictio suitatis* sembra inoltre che fosse alla base di un altro istituto, e segnatamente, del regime giuridico della *collatio bonorum*, poiché permetteva ai *sui heredes* di avvantaggiarsi degli acquisti effettuati dai figli emancipati, dal momento della *capitis deminutio* sino a quello della morte del *pater familias*.

Infatti, mentre gli acquisti dei *sui heredes* compiuti quando ancora il padre era in vita andavano a comporre il patrimonio dell'avente potestà e, una volta apertasi la successione, andavano a costituire la massa ereditaria che doveva essere divisa, in virtù della *fictio suitatis*, anche con *liberi emancipati*, gli acquisti degli emancipati, costituivano un patrimonio loro proprio e non confluivano nei *bona paterna*; quindi, dopo la morte del *pater*, non erano destinati ad essere divisi con i figli che erano rimasti sotto la sua *potestas*. Il pretore allora, per rimuovere la *iniquitas* di siffatto regime giuridico, avvalendosi del meccanismo logico della

²⁵⁴ A favore di tale teoria vengono addotte le seguenti testimonianze: Gai. 3. 4: *Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt*; Ulp. Reg. 22. 15: *Postumi quoque liberi, id est qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt*; D. 50. 17. 73. 1 (Q. M. Scaev. l. sing. "dpwn"): *Nemo potest tutore dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit, habiturusve esset, si vixisset*, cfr., al riguardo, F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana* cit., I, p. 111 s., la quale osserva che includere il concepito tra i *sui heredes* attraverso tale *fictio* dipendeva dalla costruzione di un modello 'astratto' di famiglia che, essendo imperniato sul vincolo potestativo, «consentiva di estendere l'efficacia di questo addirittura al di là della vita del defunto, per tutelare diritti di suoi discendenti di sangue, ma anche per evitare l'estinzione dei culti familiari. Gli antichi interpreti innovavano, e in modo sostanziale, senza però deragliare dai binari dell'antico. Non si allontanavano, cioè, dallo schema dell'*adgnatio*, del 'potere paterno', limitandosi a rivestire di tale aurea una situazione che difettava dei necessari presupposti (quella, appunto, del nato postumo)».

²⁵⁵ Così E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur»* cit., p. 104 s., il quale osserva che «i passi menzionati non danno atto di una falsa supposizione, ma, più semplicemente, 'spiegano' che il postumo va annoverato tra i *sui heredes* in base alla circostanza che egli sarebbe ricaduto nella potestà del *paterfamilias* se quest'ultimo fosse sopravvissuto e ... la costruzione sintattica in essi adottata non suggerisce la presenza di alcuna *fictio* e, men che meno, offre la traccia di una finzione arcaica». In ogni caso, tutte queste categorie di soggetti, una volta ammesse, attraverso la *fictio*, a far parte dei *sui heredes*, sottostavano alla disciplina prevista per questi ultimi dal *ius civile*; si deve quindi credere che una delle conseguenze che ne derivava era l'obbligo a carico del *pater familias* di provvedere espressamente ad istituirli eredi oppure diseredarli: cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* cit., p. 316 s.

fictio suitatis, introdusse la *collatio bonorum* allo scopo precipuo di vincolare l'emancipato a conferire alla massa ereditaria i beni acquistati nel periodo successivo all'*emancipatio* sino alla morte del *pater*²⁵⁶.

Alla luce della rilevanza pratica della *fictio suitatis*, messa in evidenza sin dalla dottrina più risalente, si ha una conferma del fatto che la *fictio* è stata utilizzata dai Romani nel processo creativo del *ius*, inteso come diritto in senso oggettivo, poiché, in questa applicazione, lo scopo era quello di modificare il diritto sostanziale e non solamente quello di rendere possibile l'*agere* in veste di attore o di convenuto.

II.7 La *fictio color insaniae* e la *querela inofficiosi testamenti*.

Sempre in ambito successorio è possibile scorgere un ulteriore meccanismo di *fictio* che aveva delle ripercussioni sul piano della tutela giuridica: la *fictio color insaniae*.

Tale figura di *fictio* si trovava, secondo alcuni autori²⁵⁷, all'interno della *querela inofficiosi testamenti*, ossia di quell'azione che a partire dall'ultima età

²⁵⁶ Sull'origine della *collatio bonorum* a partire dalla *fictio suitatis*, cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* cit., p. 371 ss.; e A. GUARINO, *Collatio bonorum* (Roma 1937) p. 31 s.; e M. T. CAPOZZA, *Un ricordo di Antonio Guarino: a proposito della nuova edizione di Collatio bonorum. Con una nota di lettura di Vincenzo Giuffrè. Nel centesimo genetliaco dell'Autore. Antiqua*, 103 (Napoli 2014), in *Archivio Giuridico*, 2015, 1, p. 335 s.; nonché G. VIARENGO, *Gli sviluppi della «bonorum possessio» del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Rivista di Diritto Romano*, 2018, XVIII, p. 32 s. Su tale finzione cfr. anche i recenti studi di S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni* (Torino 2016) p. 70; e R. CARDILLI, *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, in *AUPA*, 2018, 61, p. 19.

²⁵⁷ Pochi autori, in verità, la descrivono come una vera e propria finzione: cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 680; e U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 176, il quale la presenta come quell'importante e caratteristica *fictio* che nell'ultimo secolo della Repubblica sarebbe stata introdotta dal pretore coadiuvato dalla giurisprudenza, e che si suppone che si trovasse nella *querela inofficiosi testamenti*. Tale azione probabilmente affonda le sue origini nel diritto greco, a partire dal quale, per mezzo delle scuole di retorica, è stata trasfusa nel diritto romano: cfr., sul punto, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli 1960), p. 547 s., il quale afferma: «come sia sorta, e quale struttura processuale avesse, è ancora un mistero; ma probabilmente rappresentò l'innesto di costumanze greche, diffuse in Roma attraverso le scuole di retorica, sopra il regime dell'azione di rivendicazione dell'eredità, la *petitio hereditatis*. Usavano infatti i greci attaccare le disposizioni testamentarie ostili alla famiglia con la *d...xh maniaj* (= *actio furoris*), fondata sul presupposto che un'ingiusta ira avesse tolto al testatore la coscienza dei suoi atti; e questa sembianza d'infermità mentale (*color insaniae*) ritorna, come nelle esercitazioni retoriche, così nei testi giuridici riguardanti la *querela*»; e, più di recente, D. DI OTTAVIO, *Sui precedenti retorici della «querela inofficiosi testamenti» nel I sec. a. C.*, in *Index*, 2009, XXXVII,

repubblicana si affermò nella prassi del collegio giudicante dei centumviri (competenti, anche per tutta l'epoca classica, a decidere delle controversie in materia ereditaria), al cui *iudicium* si arrivava attraverso l'esperimento dell'*agere sacramento in rem* dinanzi al pretore²⁵⁸. Attraverso l'esercizio della *querela inofficiosi testamenti*, i parenti più stretti del testatore (quali erano, per esempio, i figli, i nipoti, i genitori, i fratelli o le sorelle), credendosi ingiustamente esclusi dalla successione, impugnavano il testamento, che *iure civili* era valido, per privarlo di valore e di effetti, ritenendolo contrario all'*officium pietatis*²⁵⁹, ossia a quel sentimento di affetto che era dai Romani sentito come un dovere che scaturiva dal vincolo naturale di appartenenza alla famiglia. Se a seguito di tale azione il *testamentum* veniva dichiarato dai centumviri *inofficiosum* (totalmente o parzialmente, a seconda del grado di parentela che l'attore aveva con il *de cuius*), diveniva privo di valore, e si apriva la successione *ab intestato*²⁶⁰.

La *fictio color insaniae* consentiva la dichiarazione di inofficiosità del testamento che veniva fatta valere attraverso l'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*²⁶¹, come si desume da alcuni frammenti, il primo dei quali di Marciano:

D. 5. 5. 2 (Marc. 4 *Inst.*): *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.*

p. 293 ss.; G. RIZZELLI, *Modelli di "follia" nella cultura dei giuristi romani* (Lecce 2014), p. 135 ss.; O. DILIBERTO, Rec. a Rizzelli, in *IURA*, 2017, LXV, p. 504 s.

²⁵⁸ La *legis actio sacramento in rem* rimase infatti esperibile dopo la *lex Aebutia* e le *leges Iuliae iudicariae* in via di eccezione per i casi in cui il giudizio era di competenza centumvirale: cfr. Gai. 4. 31: *permissum est lege agere... si centumvirale iudicium futurum sit; sane cum ad centumvirosum itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem.*

²⁵⁹ Cfr. Paul. *Sent.* 4. 5. 1: *Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra liberis exhereditatis non ex officio pietatis videtur esse conscriptum.* L'inofficiosità del testamento sussisteva solo se l'esclusione dalla successione fosse avvenuta ingiustamente, perché se il testatore aveva diseredato o preterito un parente in base ad una giusta causa, il testamento rimaneva valido ed efficace. Sulle *iustae causae* di esclusione dalla successione cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 678 s.

²⁶⁰ Sul punto basti cfr. G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 253; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 865 s.; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano* cit., p. 388, i quali pongono anche in luce come con la *querela inofficiosi testamenti* venne introdotta nel sistema civilistico la successione necessaria materiale.

²⁶¹ Per una ricostruzione dell'origine e della struttura della *querela inofficiosi testamenti* cfr. M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti e Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in *AUPA*, 1959, XVII, p. 153 ss.

Il passo rende noto che quando si agiva per far valere l'inefficienza del testamento, occorreva che si descrivesse la situazione, come se coloro che redassero il testamento non fossero stati così sani di mente da poter disporre; il testatore in realtà non era insano di mente, tant'è vero che dal punto di vista formale aveva correttamente redatto il testamento. Egli, però, pur non essendo *demens*, aveva trascurato l'*officium pietatis*, ossia quel dovere scaturito dal vincolo naturale di appartenenza alla famiglia. Diversamente, se il testatore fosse stato realmente insano di mente: in tal caso, il *testamentum nullum est*.

Tali affermazioni si comprendono appieno solo se vengono lette congiuntamente al secondo frammento appartenente a Marcello:

D. 5. 2. 3 (Marc. 3 dig.): *Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.*

In tale passo viene specificato che per dichiarare inefficace un testamento occorreva addurre i motivi per i quali non si doveva essere diseredati o preteriti. Da ciò si deduce che il presupposto necessario e sufficiente per ottenere che il testamento venisse privato di valore, doveva essere il *color insaniae* del testatore.

Infatti nel terzo frammento, sempre di Marcello e sempre tratto dallo stesso libro, dal quale si desume l'esistenza di una *fictio color insaniae*, così si afferma:

D. 5. 2. 5 (Marc. 3 dig.): *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. huius autem verbi "de inofficioso" vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*

Nel passo viene chiarita la portata dell'espressione "*de inofficioso*", che consentiva di dimostrare di essere stati immeritabilmente esclusi dalla successione perché diseredati o preteriti. La questione veniva sottoposta al giudice con una coloritura tale da considerare che il testatore, se e quando avesse redatto iniquamente il testamento, era come se non fosse sano di mente.

Dalle espressioni ‘*quasi non sanae mentis*’, ‘*quasi a demente*’ e ‘*quasi furiosus*’ contenute nei frammenti presi prima in esame, è infatti deducibile l’esistenza di una *fictio* del *color insaniae*²⁶², quindi di una vera e propria finzione - avente come contenuto l’*insania* del testatore – che doveva essere funzionale a far dichiarare *inofficiosum* il *testamentum*²⁶³.

Come sottolineato da Voci «l’*insania* non è l’accusa grave: è l’accusa minore che serve in qualche modo a coprire il fatto grave dell’inofficiosità. Questa circostanza non deve essere trascurata, perché attribuisce il suo giusto valore al significato giuridico del *color insaniae*: quello di cui si contende veramente è l’inofficiosità; l’*insania* è il modo di presentare la cosa. Di qui il riconoscimento che l’*insania* è la *fictio*: il *color insaniae*, trasportato dall’ambito delle figure retoriche in quello del linguaggio giuridico, ch’è più preciso, non può diventare che una *fictio*»²⁶⁴.

La *fictio* quindi si configurava come un artificio logico utile a dare una giustificazione alla pronuncia giudiziale, con la quale veniva privato di effetti il testamento. Tale giustificazione, consistente nell’*insania* del testatore, discendeva dal presupposto che per la mentalità giuridica romana solo l’infermità di mente poteva indurre il testatore ad escludere dalla successione un proprio parente senza alcun valido motivo²⁶⁵.

²⁶² Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 680 s.; U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 180

²⁶³ Sull’effetto rescissorio della *querela inofficiosi testamenti* come mezzo di gravame volto a far dichiarare *inofficiosum* un *testamentum* sulla base del ricorso alla *fictio color insaniae*, cfr. anche P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l’uso di rescindere* cit., p. 194 s.

²⁶⁴ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 680.

²⁶⁵ Sull’evoluzione giuridica dell’espedito retorico del *color insaniae* cfr. tuttavia anche G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* cit., p. 416 s., il quale - contrariamente alla romanistica che basa la *querela inofficiosi testamenti* sull’operare della *fictio* del *color insaniae* - così si esprime: «questo *color insaniae* non ha, a nostro avviso, rilievo giuridico alcuno nel diritto classico. Se pure è innegabile che i classici hanno di esso fatto menzione, non meno innegabile è, a nostro avviso, che questa menzione non assume nel diritto classico importanza giuridica alcuna, ed ha un mero significato retorico. Non è sulla base della pazzia del defunto che vengono difesi i cognati; ciò che li legittima ad agire con la *querella* è il fatto che al loro rapporto di parentela naturale col defunto il pretore, ed indirettamente lo stesso *ius civile*, dà tutela giuridica. Da ciò deriva che il testamento inofficioso non è nullo, come sarebbe quello fatto da un pazzo; esso è solamente rescindibile, e nei soli confronti del cognato che prova avergli il testatore recato *iniuria* preterendolo o diseredandolo. La *querella* classica non mira a togliere di mezzo la successione testamentaria ed a provocare quella intestata: essa mira, per contro, soltanto a rimuovere l’*iniuria* che si afferma recata col testamento ai parenti più prossimi... Ma

II.8 La tutela del *vocatus*.

L'indagine sull'uso dell'espedito processuale della *fictio* ad opera del pretore nel contesto dell'*agere per formulas* pone infine delle perplessità circa il modo in cui veniva tutelato il *vocatus*.

Attraverso la *fictio*, infatti, il pretore adattava – in via equitativa - una *formula in ius concepta* ad una fattispecie che aveva rilevanza solo per il *ius honorarium* e, nel fare ciò, forzava un elemento della realtà fattuale e lo piegava alle esigenze del caso concreto. Cosa accadeva, però, se il caso sottopostogli dall'attore non rispondeva a verità?

Se le *actiones ficticiae* furono promesse dal pretore nell'editto, colui che veniva convenuto a fronte di un presupposto non rispondente ad equità, come avrebbe potuto difendersi in giudizio? Sarebbe stato possibile, cioè, per il *vocatus* opporre un'*exceptio* volta a contrastare la veridicità proprio di quel presupposto che costituiva oggetto della *fictio*?

Si pensi, ad esempio, alla *fictio* '*si... heres esset*' che veniva concessa ai *bonorum possessores* e ai *bonorum emptores*; oppure alla *fictio* che fosse trascorso il tempo necessario al maturare dell'usucapione, che diede luogo all'*actio Publiciana*. In questi casi, era possibile per il convenuto contestare proprio l'oggetto della *fictio*?

contro questa concezione classica della *querella*, un'altra concezione sorge e si afferma nel diritto postclassico (per mutare di nuovo nel diritto giustiniano). E questa nuova concezione ha il suo fondamento nel *color insaniae*. Da mera giustificazione retorica, questo *color insaniae* viene elevato, nel diritto postclassico, a vera ragione giuridica della nullità del testamento. La ingiustificata diseredazione o preterizione dei prossimi congiunti fa sorgere una *praesumptio iuris et de iure* di pazzia del defunto»; ancora, in relazione al passo D. 5. 5. 2 (Marc. 4 *Inst.*) lo studioso osserva che: «Dal punto di vista classico il significato del passo di Marciano è questo: i figli e – come si soggiunge più sotto, nel testo delle istituzioni – i genitori possono agire con la *querella* quando siano stati ingiustamente (*inique*) preteriti o diseredati. Il fondamento giuridico dell'azione sta, appunto, nella preterizione o diseredazione ingiusta. La quale socialmente viene configurata quasi come effetto di una insanità mentale del defunto (*hoc colore agitur quasi non sanae mentis fuisset*). Ora la differenza tra il valore di questa finzione nel diritto classico e in quello postclassico sta in ciò: che nel diritto classico, il testatore non viene giuridicamente equiparato ad un pazzo. Nel diritto postclassico, invece, il testatore viene giuridicamente equiparato ad un pazzo e, in piena coerenza con tale equiparazione, si nega a lui la *testamenti factio*» (*ib.* 532). Sembra di capire, dunque, che secondo La Pira, il *color insaniae* nacque come espediente di carattere puramente retorico volto a eliminare l'*iniuria* del parente che era stato diseredato o preterito e, solamente in un periodo successivo – segnatamente nel periodo postclassico - si configurò come vera e propria *fictio* perché solo a partire da tale periodo storico, il testatore cominciò ad essere giuridicamente equiparato ad un pazzo allo scopo di negargli la *testamenti factio*. In sostanza, secondo l'autore, solo quando il *color insaniae* divenne la vera ragione giuridica della nullità del testamento, si poté parlare di *fictio*. Ma come preannunciato prima, la sua opinione non ha avuto seguito in dottrina.

L'interrogativo, a ben guardare, non è di poco conto; in quanto, attraverso la concessione di un'*actio ficticia*, il pretore imponeva al giudice di considerare quell'elemento che veniva falsamente dato per presupposto, come se fosse stato verificato.

Sicuramente la questione appare di più immediata percezione se si pensa all'esercizio dell'*actio Publiciana* da parte di colui che avesse ricevuto in buona fede *ex iusta* una *res Mancipi* tramite *traditio* (in difetto della *mancipatio* o della *in iure cessio*, come pure in mancanza sia dell'uno che dell'altro atto), ma la stessa problematica si sarebbe potuta porre - per lo meno a partire dal momento in cui cominciò ad essere concessa la *bonorum possessio cum re* - anche nel caso in cui fosse insorta, tra il *bonorum possessor* e l'*heres*, una controversia vertente in materia ereditaria.

Con riguardo alla prima ipotesi, vi sono delle fonti²⁶⁶ che attestano la possibilità del convenuto, divenuto nel frattempo proprietario *iure civili*, di opporre l'*exceptio iusti dominii* al titolare dell'*actio Publiciana*, il quale non avrebbe potuto controbattere né con una *replicatio rei venditae ac traditae* né con una *replicatio doli*²⁶⁷. Il che, quindi, fa propendere verso l'idea che le *actiones ficticiae in rem* non garantissero una tutela *erga omnes*, al pari della *rei vindicatio* civilistica.

È noto, inoltre, che il proprietario che fosse stato ingiustamente privato del diritto di proprietà a causa dell'acquisto di essa per usucapione durante il periodo in cui il possessore fosse stato lontano dalla *civitas*, veniva tutelato attraverso l'*actio Publiciana rescissoria*, ma nulla di più ci perviene circa la posizione del *vocatus*. Né qualcos'altro può essere desunto dalle fonti circa la tutela che veniva garantita dal pretore all'*heres* che fosse stato *vocatus* dal *bonorum possessor* e, più in generale, sulla tutela che veniva concessa a colui contro il quale veniva esperita una qualsiasi altra *actio ficticia*.

²⁶⁶ Cfr. D. 6. 2. 17 (Ner. 3 *membr.*); D. 19. 1. 31. 2 (Ner. 3 *membr.*); D. 17. 1. 57 (Pap. 10 *resp.*); D. 6. 2. 16 (Paul. *not. ad Pap. 10 quest.*); D. 44. 4. 4. 32 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 21. 3. 2 (Pomp. 2 *ex Plaut.*); D. 6. 1. 72 (Ulp. 16 *ad ed.*).

²⁶⁷ Cfr. M. BRETONNE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXXI, 2001, 2, p. 307.

Al di là quindi delle *exceptiones* che comunemente il pretore concedeva nell'editto (*exceptio doli, metus* ecc.) non si è allo stato attuale in grado di riscontrare altre e specifiche *exceptiones* volte a fronteggiare le *actiones ficticiae*.

Alla luce di tali riscontri, dare per assodato che il pretore concedesse le *actiones ficticiae* senza aver prima acquisito cognizione della causa, pone inevitabilmente delle perplessità. La *causae cognitio*, infatti, avrebbe consentito al pretore di procedere, se del caso, alla *denegatio actionis*²⁶⁸ ogni qual volta la concessione di un'*actio ficticia* avrebbe potuto pregiudicare i principi di *aequitas*; ed è plausibile che fosse proprio la *denegatio actionis* la forma di tutela principale sulla quale il *vocatus* avrebbe potuto fare affidamento.

²⁶⁸ Sull'importanza della *denegatio actionis* nell'ambito dell'*agere per formulas*, cfr. A. METRO, *La "denegatio actionis"*, (Milano 1972) p. 65 ss. Ammettere tuttavia che il pretore procedesse ad una *causae cognitio* prima di concedere le *actiones ficticiae* ridurrebbe le distanze tra queste e le *in integrum restitutionibus*: vd. *supra*, § 2 di questo stesso cap.

Capitolo III

LA FINZIONE E LA LEX

III.1 Obiettivo dell'indagine sulla *fictio legis* e precisazioni metodologiche.

La finzione si riscontra non soltanto nell'*agere* processuale, nel contesto del quale il pretore estese - in funzione del perseguimento dell'*aequitas - formulae in ius conceptae* a casi non previsti dal *ius civile*, bensì anche all'interno di alcune statuizioni normative (e precisamente in *leges* e in *senatus consulta*); il che non stupisce se si pensa come - non soltanto gli editti magistratuali - ma anche le *leges* e i *senatus consulta*, accompagnati dall'attività interpretativa della *iuris prudentia*, abbiano tutti concorso alla formazione dell'ordinamento giuridico romano.

Pertanto, dopo aver constatato la varietà e l'estensione applicativa delle *fictiones* dell'*agere* processuale e come esse in concreto abbiano consentito di instaurare e di far funzionare l'*agere per formulas*, aprendo la via ad un nuovo diritto oggettivo, occorre adesso volgere lo sguardo verso quelle finzioni attribuibili ad una *lex* o in qualche modo scaturenti per via interpretativa dalla stessa²⁶⁹. La scelta di concentrare l'indagine su tali categorie di *fictiones* - nonostante sia possibile scorgere alcune finzioni anche all'interno di *senatus consulta* - è giustificata dal fatto che appaiono le più rilevanti agli occhi dell'interprete che voglia cogliere quale in concreto sia stata l'evoluzione della *fictio* nell'esperienza giuridica romana²⁷⁰.

²⁶⁹ Pochi autori si sono impegnati in un'indagine (più o meno approfondita) sull'argomento: cfr. F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 22 ss.; A. DOS SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no dereito romano* cit., p. 96 ss.; M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre lo verdaderos limites de la ficción en derecho romano* cit., p. 323 ss.; ID., *De nuevo sobre las supuestas ficciones jurisprudenciales* cit., p. 55 s.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 260 ss; e da ultimo C. ANDO, *Fact, Fiction, and Social Reality in Roman Law, in Legal Fictions in Theory and Practice* cit. p. 295 ss.

²⁷⁰ Studi più ampi sono stati invece condotti da F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 22 ss., che racchiude in un'unica categoria le *fictiones* contenute in *leges* e quelle presenti all'interno di *senatus consulta*, attribuendo ad esse l'appellativo di "finzioni legali"; e A. DOS SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no dereito romano* cit., p. 96 ss. Com'è noto, dall'età repubblicana avanzata fino alla prima età imperiale la *lex publica* (o *populica*) costituiva una tra le più importanti fonti del diritto, che veniva votata - su proposta (*rogatio*) di un magistrato - dal popolo riunito all'interno dei *comitia centuriata* o *tributa* e, per tale ragione, venne sinteticamente definita in Gai. 1. 3 come ciò che il popolo *iubet atque constituit*. Ciò che il senato stabiliva, invece, non ebbe sin dappprincipio

Individuare la *fictio* all'interno delle *leges* non è però un'operazione così semplice come si è dimostrata quella di rintracciare le finzioni dell'*agere* processuale: quest'ultime, infatti, o sono espressamente definite da Gaio come tali (basti osservare l'*incipit* di 4. 34: *Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis*) oppure la descrizione del loro contenuto avviene per mezzo di un riferimento esplicito al verbo *fingo*: come per esempio in 4. 34 -35, ove sia riguardo al *bonorum possessor* sia in relazione al *bonorum emptor* viene usata l'espressione *ficto se herede agit*; e ancora nel passo 36, in cui si afferma che *usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur*, e 37: *Item civitas Romana peregrino fingitur*; nonché, infine, al § 38, in cui si legge espressamente *fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse*. In tutte queste ipotesi è piuttosto evidente come ci si trovi di fronte ad una finzione, proprio perché è lo stesso linguaggio impiegato dal giurista che non lascia adito a dubbi.

Le finzioni delle *leges*, invece, nella stragrande maggioranza dei casi, non sono qualificate come tali dalla giurisprudenza, né sono espresse con una formulazione che include l'utilizzo del sostantivo *fictio* o del verbo *fingo* variamente coniugato; bensì sono deducibili attraverso l'uso che il legislatore fa di una terminologia sempre diversa volta in sostanza ad equiparare, dal punto di vista pratico, una fattispecie ad un'altra, allo scopo di applicare a quest'ultima la

efficacia normativa (cfr. cap. II, § 2 nt. 2) ma certamente in epoca classica teneva luogo di legge, come si evince da Gai. 1. 4: *Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet...* e, conseguentemente, venne alle *leges* equiparato. Tra le finzioni contenute all'interno di *senatus consulta* si ricorda, anzitutto, la *fictio* del *senatus consultum Neronianum*, attraverso cui si stabilì che in tutti i casi in cui il testatore faceva un *legatum per vindicationem* di una cosa altrui (il quale *iure civili* era privo di valore e di effetti) questo dovesse considerarsi come un *legatum per damnationem*, che - a differenza del primo - poteva avere ad oggetto una cosa che non fosse del testatore: cfr. Gai. 2. 197: *Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum 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; optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit*. E poi la *fictio* del *senatus consultum Desumianum* che, considerando lo schiavo ugualmente manomesso - seppur previa pronuncia del pretore - faceva fronte a quell'ipotesi in cui il fedecommissario non avesse provveduto alla manomissione: cfr. D. 40. 5. 51 (Marc. 9 *Inst.*) 4. *Senatus consulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*. 5. *Abesse autem is intellegitur, qui a tribunali abest*. 6. *Et quia de heredibus tantum cautum erat, adiectum est eodem senatus consulto, ut quicumque fideicommissam libertatem ex quacumque causa pronuntiatum fuerit eum eosve abesse, perinde habeatur, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*. Inoltre cfr. *supra*, cap. II, § 1 le considerazioni relative alla capacità del fedecommissario di *agere 'ficto se herede'* dopo il *senatus consultum Trebellianum*.

disciplina prevista dal *ius civile* per la prima; per cui il compito di individuarle è lasciato all'abilità dell'interprete che - di fatto - deve sostituirsi alla giurisprudenza di quel tempo nel dedurre dal testo della *lex* una *factio*. Tra le espressioni che compaiono più frequentemente nelle fonti si ricordano *perinde... ac, proinde... ac, quasi... e siremps lex esto...* che sono tutte idonee ad assimilare, a seguito della forzatura di un elemento della realtà, due fattispecie in concreto differenti²⁷¹.

Può inoltre osservarsi come, mentre lo stacco tra realtà e finzione nelle *actiones ficticiae* risulta più marcato, poiché un soggetto in concreto è come se agisse (o fosse convenuto) nella veste di un altro, quando si fa riferimento alle *fictiones* contenute in *leges*, i confini tra realtà e finzione appaiono impalpabili; sicché si dubita che siano dei veri e propri espedienti tecnico-giuridici e non, piuttosto, dei modi più evoluti di pensare il diritto per mezzo di associazioni mentali di categorie tra loro diverse.

Alla luce di tali considerazioni, è possibile approcciarsi in due modi diversi a tali finzioni: da un lato, se si guarda all'aspetto pratico del diritto, esse possono apparire come meri espedienti linguistici più che altro funzionali a ricongiungere, attraverso l'uso di una terminologia più o meno costante, le conseguenze previste per una determinata fattispecie ad un'altra fattispecie, senza dar luogo ad alcuna modificazione della realtà; dall'altro lato, a ben guardare, anche in questi casi si finge qualcosa che in verità non si è verificato, in quanto - al fine di far rientrare un fatto nell'ambito di applicazione di una disciplina volta a regolare una diversa fattispecie - si deve necessariamente forzare un elemento della realtà fattuale; altrimenti si introdurrebbe una nuova legge, specifica per quel fatto non contemplato prima.

Seguendo tale ragionamento si deve ammettere che, quanto meno dal punto di vista teorico, ci si trova comunque di fronte a delle finzioni²⁷². A riprova di ciò,

²⁷¹ Si è già avuto modo di constatare come tali espressioni potessero in concreto nascondere l'operare di una finzione: si pensi sia alle figure di *factio* trattate nel cap. II in connessione alla *integrum restitutio*, sia alla *factio libertatis*, alla *factio suitatis* e, infine, alla *factio color insaniae*.

²⁷² Cfr. le riflessioni di M. DEL MAR, *Introducing fictions: examples, functions, definitions and evaluations*, in *Legal fictions in theory and Practice* (New York 2015) p. IX-XXIV, il quale ben sintetizza le perplessità che generalmente avanzano gli interpreti del diritto sul fenomeno della finzione complessivamente considerato, sottolineando come si possono distinguere due orientamenti: quello di chi ritiene che non possa essere individuata tale categoria di finzioni perché non ha senso che il legislatore finga qualcosa che in verità non si è verificato anziché introdurre una

basti notare che l'uso delle espressioni *perinde... ac, proinde... ac, quasi...siremps lex esto...* che potremmo definire atecniche, costituisce comunque un indizio, idoneo a dare contezza al lettore del fatto che ci si trovi di fronte ad una distorsione della realtà: è, infatti, come se il legislatore, attraverso l'uso di un determinato linguaggio, voglia rendere noto che ci si sta servendo della forzatura di un presupposto fattuale allo scopo di rendere possibile - e quindi giustificabile - l'applicazione di una certa disciplina. Pertanto, se si sceglie di adottare questo secondo modo di interpretare le fonti, non si può fare a meno di chiedersi come mai i Romani abbiano sentito il bisogno di servirsi di tali finzioni quando sarebbe stato (forse) molto più semplice riconoscere a livello normativo una nuova e diversa fattispecie a cui applicare la disciplina voluta.

A questo interrogativo Todescan risponde affermando che la ragione ultima della finzione nell'ordinamento giuridico romano va ricercata nel conservatorismo proprio dei Romani, i quali percepivano il *ius civile* come sostanzialmente immutabile; al punto tale da non poter essere abrogato neppure dalla *lex*²⁷³. Bianchi, invece, sembra ritenere come ragione giustificatrice che - da sola - sia sufficiente a spiegare l'uso della finzione, la circostanza che le leggi romane, proprio attraverso l'introduzione della *fictio*, miravano al superamento dei principi del *ius civile*, i quali, altrimenti, non si sarebbero potuti modificare²⁷⁴.

nuova disciplina, e quello di coloro i quali ritengono che il diritto sia pieno di queste costruzioni mentali.

²⁷³ Cfr. F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 24, il quale così osserva che: «dato il carattere del *ius civile*, in quanto questo si presenta come espressione di una necessità, la *lex* in linea di principio non può abrogarlo, ma può esercitare, oltre un'indiretta funzione integratrice che, operando sul presupposto del *ius civile*, conduce ad una regolamentazione più complessa ed articolata. Dinanzi al *ius civile*, che esprime una formazione naturale, la *lex* si presenta come una statuizione positiva, che disciplina in primo luogo le questioni inerenti alla vita dello Stato senza toccare direttamente i rapporti privati governati dal *ius civile*; ove però sorgano interferenze, se intende modificarne o limitarne gli effetti, la *lex* deve ricorrere a qualche strumento tecnico, come le finzioni appunto, che neutralizzi tali conseguenze. L'antitesi *ius-lex*, almeno inizialmente, non è tanto di correlazione, ma di subordinazione: la *lex* è fonte di diritto, in quanto il popolo col suo comando acconsente che la nuova statuizione divenga *ius*, entrando a far parte del patrimonio giuridico tradizionale: ma come fonte secondaria ed eccezionale».

²⁷⁴ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 349 s., che, quindi, seguendo la tesi di Todescan, aggiunge: «come per le finzioni pretorie così anche per queste finzioni legislative sarebbe il *ius civile* a costituire, al contempo, il limite da superare ed il modello da imitare». Tale pensiero viene dall'autore riproposto in un altro contributo: «Modernità» e riflessioni teoretiche sul carattere prescrittivo della *lex in Gai. 3. 194*, in *SDHI*, LXXIX, 2013, p. 806 s., in cui egli afferma che «si individua una spiegazione dell'impiego della *fictio* nelle leggi... nell'essere la legge, in certo qual modo subordinata al *ius civile*, nel suo esserne, insomma, piuttosto integrativa che sovversiva». Le

Anche prescindendo dal fatto che dalle fonti giuridiche pervenuteci non risulta un divieto espresso di abrogazione del *ius civile* ad opera della *lex* perché, se vi era un limite, questo era dovuto esclusivamente ad una forma di ossequio nei confronti dell'antico diritto della *civitas* e non di certo ad un divieto per così dire costituzionale dello stesso²⁷⁵, l'impostazione delineata da Todescan e da Bianchi, a ben guardare, appare fortemente riduttiva, non soltanto del ruolo, ma anche della ragione ultima che dovette indurre i Romani all'introduzione e all'uso costante della *fictio*. Ciò è avvalorato (già di per sé) dall'immensa estensione applicativa della finzione che, come abbiamo visto, ebbe un'importanza cruciale nell'esperienza giuridica romana sin dal momento in cui avvenne il passaggio dal *lege agere* all'*agere per formulas*. Risulta, quindi, difficile credere che, una volta che fosse maturato il pensiero giuridico, la finzione servisse in concreto a ben poco: al mero rispetto - peraltro solo formale - del *ius civile*.

D'altronde l'impostazione dei due autori, basata com'è sull'antitesi tra *ius* e *lex*, non si riesce a giustificare se si pensa alla spinta che diede il perseguimento dell'*aequitas* nella formazione di tutto l'ordinamento giuridico romano, compreso il *ius* (da intendersi in senso oggettivo) introdotto attraverso le *leges*. L'*aequitas*, quindi, nella concezione giuridica romana, costituiva l'obiettivo che induceva tanto il pretore quanto il legislatore all'adozione della soluzione migliore possibile e, quindi, alla previsione della disciplina più giusta per quella determinata fattispecie.

considerazioni di Bianchi e di Todescan si fondano sull'interpretazione dei rapporti tra *ius civile* e *lex* che è stata delineata dalla dottrina più risalente, la quale ha inteso il *ius* come un ordinamento non suscettibile di abrogazione: cfr. V. ARANGIO – RUIZ, *La règle de droit et la loi dans l'antiquité classique*, in *Rariora* (Roma 1946) p. 252 ss.; P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di Contrado Ferrini* (Milano 1947) I, p. 192 ss.; B. BIONDI, *Lex e ius*, in *BIDR*, 67, 1964, p. 39 ss.

²⁷⁵ Come è stato dimostrato da G. PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29-IX-1948 a cura di Guiscaro Moschetti* (Milano 1951) II, p. 63 ss., la cui tesi è stata ripresa e sostenuta anche da L. MAGANZANI, *La sanctio e i rapporti fra leggi*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana, a cura di J.-L. Ferrary* (Pavia 2012) p. 65 s. I principi di *ius civile*, infatti, vanno intesi come difficilmente o limitatamente modificabili ma non come assolutamente inderogabili. Il tendenziale rispetto che i Romani avevano per l'antico diritto della *civitas* è cosa ben diversa dall'esistenza di un divieto di abrogazione dello stesso. Sul ruolo preminente della *lex* tra le fonti del diritto cfr. C. A. CANNATA, *La posizione della lex nella sistematica delle fonti romane*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana, a cura di J.-L. Ferrary* (Pavia 2012) p. 257 ss.

Essa influiva notevolmente sulla formazione e sulla modifica di tutto il *ius*, complessivamente considerato²⁷⁶.

Inoltre, come messo in luce da Brogginì, è vero che l'esperienza giuridica romana dell'età repubblicana lascia trasparire una costante tensione fra «elemento conservatore e tradizionalista, depositario del *ius*, che tanto più è tale quanto più si rifà a modelli antichi, riluttante ad ogni sua modifica o integrazione mediante la *lex*, convinto del suo valore permanente... ed elemento innovatore, pronto a modificare il *ius* servendosi dell'arma democratica dei *comitia*, convinto assertore dei necessari adattamenti del *ius* alle nuove situazioni sociali ed alle nuove concezioni della giustizia, per il quale la modernità di una norma è massima garanzia della sua validità»; tuttavia, questi dati «per chi tenta di pensare unitariamente la molteplice ed inesauribile realtà storica, rimangono un po' al margine della concreta evoluzione giuridica romana», in quanto non «si può concludere affermando un'antitesi ed un'impermeabilità fra *ius* e *lex*, invocando un divieto inesistente di modifica del *ius* per mezzo della *lex*, o affermando una subordinazione della *lex* al *ius civile* nel senso di un'eccezionalità della *lex*... di fronte alla normalità del *ius*»²⁷⁷. Se, quindi, sia il pretore sia la *lex* erano entrambi protesi al perseguimento dell'*aequitas*, sembra più corretto mutare approccio

²⁷⁶ Sull'importanza che ebbe l'*aequitas* nell'esperienza giuridica romana cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012, p. 207 ss., la quale, con riferimento alla concezione che ne aveva Cicerone, afferma: «per il Retore l'equità deve permeare il *ius*, essere quindi 'dentro' il diritto, non fuori di esso (*rhet. Ad Herenn.* 2. 13. 20: *ex aequo et bono ius constat*). Il diritto è equo – secondo l'Arpinate – se non si riduce ad astrazioni più o meno rispondenti a principi generali; esso deve piuttosto tradursi in formule tali da attuare, nella vita reale, i principi pratici, a soddisfare le numerose esigenze dei rapporti che gli uomini stabiliscono tra loro. Il diritto è equo quando risponde ai bisogni sociali reali. L'*aequitas naturalis*... può pertanto, in quanto coincidente con valutazioni sociali condivise, trasformarsi in *aequitas constituta* (o *aequitas civilis*). *Ius civile est aequitas constituta*, asserisce Cicerone in *top.* 2. 9. E la caratteristica del *ius civile* è appunto, per l'Arpinate, nel suo essere *aequabile* (Cic. *De off.* 2. 12. 42: *ius enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset ius*)... ; la *lex* per Cicerone è *fons aequitatis* e in sede processuale il *iudicium* deve attuare l'*aequitas*. *Iustitia est aequitas*, si afferma infatti in *Rhet. Her.* 3. 3. Anche nelle *Part. orat.* 130 il Retore richiama la duplice 'potenza' dell'*aequitas*, che da un lato spinge verso il vero e il giusto, difendendo ciò che è buono ed equo, dall'altra parte dispensa premi a chi merita, pene a chi commette azioni illecite». Significativa è inoltre la nota definizione di *ius* che Ulpiano ricorda essere stata data da Celso in D. 1. 1. 1 (Ulp. 1 *Inst.*): *...ius est ars boni et aequi*. Da tale semplice inciso si possono dedurre le regole che dovevano orientare la produzione e l'applicazione del *ius* sin dall'epoca classica: il perseguimento del *bonum* e dell'*aequum*. Per l'interpretazione del passo cfr. F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto e Storia*, 6, 2007, p. 1 ss.

²⁷⁷ Cfr. G. BROGGINI, *Ius et lex*, in *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller* (Basilea 1959) p. 42 s.

nell'indagare il fenomeno della finzione: non occorre più – per giustificare l'esistenza delle finzioni nel diritto romano – fare appello al principio della non modificabilità del *ius civile* ad opera della *lex*, poiché basta osservare e constatare come sia stata la *lex* a mutare complessivamente il diritto oggettivo poiché era tutto il diritto che si evolveva e si stratificava senza che si possano riscontrare separazioni così marcate come quelle che Bianchi e Todescan trovano tra il *ius* e la *lex*.

A parte questo appunto metodologico, occorre più che altro verificare se - così come le *fictiones* processuali che, nel perseguimento dell'*aequitas*, agevolarono la definitiva transizione verso un nuovo tipo di processo - anche le finzioni delle *leges* avessero un ruolo ulteriore, che non fosse la sola estensione di una disciplina già nota ad una nuova e diversa fattispecie concreta o - per meglio dire - se attraverso la loro introduzione il legislatore non perseguisse anche altre e più pratiche finalità; e, a partire da questo dato, scoprire in concreto che tipo di evoluzione abbia subito l'uso della finzione in concomitanza, da un lato, con lo sviluppo del pensiero giuridico romano, e, dall'altro, con l'estensione – tanto territoriale quanto giuridica - che ebbe l'Impero romano²⁷⁸.

III.2 La *lex Cornelia* e il *postliminium*.

Tra le finzioni più conosciute e approfondite dalla romanistica, vi è quella che si ritiene sia stata introdotta da una *lex Cornelia*, collocabile all'incirca nel secondo periodo della legislazione sillana e, più precisamente, tra gli anni 84 – 81 a.C.²⁷⁹.

²⁷⁸ Già E. BIANCHI, «Modernità» e riflessioni teoretiche cit., p. 806, sembra che abbia avvertito l'importanza che venga intrapresa un'indagine sui «motivi, volta a volta, differenti che determinarono il legislatore a ricorrere a queste formulazioni 'indirette' in luogo di disposizioni che non necessitino di rimandi ad altre prescrizioni».

²⁷⁹ La datazione non è certa, ma la dottrina è per la maggior parte orientata a collocarla in quegli anni: cfr. E. BALOGH, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des cornelischen Gesetzes*, in *Studi Bonfante* (Milano 1930) IV, p. 623 ss.; L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950) p. 32; ID., *Ancora sulla «captivitas» e il «postliminium»*, in *Studi in onore di P. De Francisci* (Roma 1955) 1, 517 ss.; ID. *Appunti per la storia del dogma della pendenza*, in *BIDR*, 64, 1961, 109 ss.; ID. *Postliminium* in *NNDI* (Torino 1966) 13, 431 ss. Cfr., inoltre, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) II, p. 36 nt. 80, che però non esclude che possa risalire all'80 a.C.; ed E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 352. Di diverso avviso sono, invece, M. BARTOŠEK, *Captivus*, in *BIDR* 57-58, 1953, 98 ss., il quale è portato a credere che non risalga all'epoca sillana, bensì al II sec. a. C.; e H. J. WOLFF, *Conferenze washingtoniane del Riccobono Seminar of Roman*

Tale finzione, secondo la maggior parte degli autori, era contenuta proprio all'interno della *lex*, anche se il testo della legge non ci è pervenuto; per cui possono solo farsi delle semplici deduzioni al riguardo²⁸⁰.

Essa trovava applicazione in connessione al caso in cui un *civis Romanus*, dopo aver fatto testamento, venisse catturato e morisse in territorio nemico. Com'è noto, infatti, coloro che in guerra venivano rapiti dai nemici divenivano schiavi, per un antico principio basato su una *naturalis ratio* e, perciò, *iure gentium* comune a tutti i popoli. Il *captus ab hostibus* perdeva la *libertas* e di conseguenza contestualmente anche la *civitas*²⁸¹, divenendo, così, '*servus hostium*'²⁸². La situazione giuridica del cittadino romano divenuto *servum hostium* appariva

Law in America, in *BIDR*, 46, 1939, p. 344 ss.; ID. *The lex Cornelia de captivis and the roman law of succession*, in *TR*, 17, 1941, p. 136 ss.

²⁸⁰ Tra gli autori che affermano chiaramente che la *fictio* era contenuta nella *lex Cornelia*, cfr. M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre lo verdaderos limites de la ficción en derecho romano* cit., p. 325; L. AMIRANTE, *Postliminium* cit., 431; U. ROBBE, *La «hereditas iacet»* cit., p. 183; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., p. 37, il quale afferma «si trattò di una vera finzione legislativa, e le fonti parlano appunto di *fictio legis Corneliae*» e rimanda, nella nt. 84, alle fonti giuridiche che la citano espressamente: D. 35. 2. 1. 2. 18 pr. (Paul. *lib. sing. ad legem Falcidiam*) e C. I. 8. 50. 1. 1 (*Imperatores Severus, Antoninus*), sottolineando che «sono infondati i sospetti su questa espressione»; A. DOS SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no direito romano* cit., p. 96 s.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 352 s.; e, infine, L. D'AMATI, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico* (Milano 2004) p. 176.

²⁸¹ Sul concetto di *libertas* cfr. G. NICOSIA, *Prigione di guerra e perdita della libertà nell'esperienza giuridica romana*, in *Silloge. Scritti 1956- 1996* (Catania 1998) II, p. 704, il quale specifica che «il termine *libertas* viene... assunto in una specifica valenza tecnico-giuridica, per indicare la condizione di persona libera e positivamente riconosciuta e giuridicamente tutelata. Tale condizione giuridica di *libertas* si contrapponeva alla condizione di *servitus*, intesa anch'essa nella sua valenza giuridica di situazione di soggezione riconosciuta dal diritto (*iusta servitus*)» e «non era configurabile se non in connessione e dipendenza dall'appartenenza della persona ad una comunità politicamente organizzata, all'interno della quale le era riconosciuta la condizione di persona libera, e dal cui ordinamento giuridico essa era tutelata. All'interno poi dell'ordinamento romano, era l'appartenenza alla *civitas* romana, cioè la condizione di cittadino romano (*civis*), che dava concreta consistenza giuridica alla *libertas* e ne assicurava la tutela in base al *ius civile*... ; da qui l'inscindibile connessione, nel pensiero giuridico romano, tra *libertas* e *civitas*: non era possibile concepire una *libertas* sganciata e indipendente da una situazione di cittadinanza, dall'appartenenza ad una *civitas*... La *libertas* non aveva esistenza autonoma, ma prendeva corpo e per così dire si incarnava e si inverava nella *civitas*»; cfr. pure ID., «*Servus hostium*» e «*capitis deminutio*», in *Index*, 39, 2011, p. 274.

²⁸² Cfr. Gai. 1. 129, ove il *captus ab hostibus* viene definito *servus hostium*: *Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat...*; passo in cui il '*quodsi*' posto in apertura serve a rimarcare la differenza che vi era rispetto alla disciplina descritta nel precedente § 128: *Cum autem is, cui ob aliquod maleficium ex lege Cornelia aqua et igni interdicatur, civitatem Romanam amittat, sequitur ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse: nec enim ratio patitur, ut peregrinae condicionis homo civem Romanum in potestate habeat. Pari ratione et si ei, qui in potestate parentis sit, aqua et igni interdictum fuerit, desinit in potestate parentis esse, quiaequa ratio non patitur, ut peregrinae condicionis homo in potestate sit civis Romani parentis*. Cfr. al riguardo G. NICOSIA, *Prigione di guerra e perdita della libertà nell'esperienza giuridica romana* cit., p. 710 s.

peculiare e specifica, perché comportava l'applicazione di una disciplina speciale che potremmo definire di favore in quanto, da un lato, nell'ipotesi in cui tale soggetto riuscisse a fare ritorno in patria, operava l'istituto del *postliminium*²⁸³ e, dall'altro, qualora egli morisse *apud hostes*, si applicavano le disposizioni della *lex Cornelia* che era volta a garantire che il testamento redatto prima della cattura non divenisse *inritum* a causa del fatto che il testatore, dopo averlo confezionato, avesse perso la *testamenti factio* (ossia, come diremmo oggi, la capacità di fare testamento)²⁸⁴; bensì venisse *confirmatum* attraverso la finzione che non fosse caduto in prigionia e che, quindi, fosse morto in patria da uomo libero²⁸⁵.

La disposizione legislativa si rese perciò necessaria in quanto - di regola - affinché il testamento fosse valido, occorreva che il testatore avesse la *testamenti*

²⁸³ Sull'istituto del *postliminium* e sulla distinzione tra *postliminium in bello* e *postliminium in pace*, cfr. F. BONA, 'Postliminium in pace', in *SDHI*, XXI, 1955, p. 249 ss.

²⁸⁴ Cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario romano* cit., I, p. 387 e 388, nella parte in cui specifica che «i Romani non hanno un termine generico, che corrisponda a quello moderno di capacità: ricorrono però all'espressione *testamenti factio* per descrivere la capacità del testatore».

²⁸⁵ Cfr. D. 28. 3. 6. 5 e 12 (Ulp. 10 *ad Sab.*): *Inritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus... Quatenus tamen diximus ab hostibus capti testamentum inritum fieri, adiciendum est... si ibi decedat lege Cornelia confirmari*; e D. 28. 3. 15 (Iav. 4 *epist.*): *...per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decesserint lata est. È ampiamente dibattuto in dottrina se la condizione di servus hostium possa inquadrarsi o meno nel concetto più ampio di capitis deminutio (maxima), dal momento che comporta in capo al captivus un mutamento di status consistente nella perdita della libertas e della civitas (cfr. Gai. 1. 160: Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit...).* Tra coloro che credono che il mutamento di status del captivus comportasse tout court una capitis deminutio cfr.: U. COLI, 'Capitis deminutio', in *Scritti di diritto romano* (Milano 1973) I, p. 153 ss.; U. RATTI, *Studi sulla 'captivitas' e alcune repliche in tema di postliminio* (Napoli 1980) p. 26 ss.; M. F. CURSI, 'Captivitas' e 'capitis deminutio'. La posizione del 'servus hostium' tra 'ius civile' e 'ius gentium', in *Iuris vincula, Scritti in onore di Mario Talamanca* (Napoli 2002) II, 297 ss. Contro questa ricostruzione, invece, si schierano coloro i quali sottolineano la peculiarità della condizione del servus hostium: E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains* (Parigi 1917) p. 113; C. GIOFFREDI, *Sul 'ius postliminii', I, La struttura dell'istituto*, in *SDHI*, 16, 1950, p. 37; S. SOLAZZI, *La pendenza dei diritti nelle fonti romane*, in *Scritti di diritto romano* (Napoli 1972) V, 432 nota 3 e 433 nota 4; G. NICOSIA, *Prigionia di guerra e perdita della libertà nell'esperienza giuridica romana* cit., p. 701 ss.; L. D'AMATI, *Civis ab hostibus captus* cit. (Milano 2004) p. 63 ss. e, della stessa autrice, *Servitus del civis ab hostibus captus*, in *Legal Roots*, 2013, p. 321 ss.; M. V. SANNA, *Capitis deminutio e captivitas*, in *Diritto e Storia*, 6, 2007, p. 2 s., la quale, tuttavia, giustamente osserva: «a me pare, invero, che la dottrina abbia accentrato in maniera eccessiva l'attenzione sul verificarsi – non verificarsi della capitis deminutio in capo al captivus... i giuristi romani, lungi dal porsi il problema se il captivus subisse o meno una capitis deminutio, sembrano, piuttosto, considerare le problematiche relative caso per caso, temperando i vari interessi in giuoco»; e, da ultimo, G. NICOSIA, «*Servus hostium*» e «*capitis deminutio*» cit., p. 274 ss. e p. 281, che afferma: «mentre non è configurabile come tipo diverso di servitù quello derivante dalla captivitas (c.d. servus hostium), è invece innegabile il significato specifico (se si vuole tecnico, o tecnico-giuridico) della qualifica servus hostium adoperata dai giuristi con riferimento al captus ab hostibus».

factio non soltanto al momento della redazione del *testamentum*, ma anche (e persino) al momento della morte.

Per l'ipotesi, invece, in cui il prigioniero fosse riuscito a fuggire dai nemici e a tornare in territorio romano, operava il più antico istituto del *postliminium* (risalente ai *mores maiorum*) che gli garantiva il recupero della complessiva situazione giuridica che aveva avuto prima della cattura: quindi, non soltanto egli riacquistava la libertà e la cittadinanza, ma anche – seppure con alcune eccezioni²⁸⁶ – i diritti di cui era stato titolare²⁸⁷.

Gli strumenti della *fictio legis Corneliae* e del *postliminium* risultavano quindi correlati, perché entrambi finalizzati a tutelare il *civis Romanus* prigioniero, ed erano complementari, al punto tale da non potersi procedere ad un'analisi separata

²⁸⁶ Le eccezioni più che altro riguardavano il matrimonio e il possesso, che non costituivano diritti (nonostante fossero giuridicamente rilevanti) e, perciò, non potevano essere recuperati in virtù del *postliminium*: cfr. Paolo in D. 49. 15. 8: *non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest*; lo stesso principio si trova anche in Pomponio D. 49. 15. 14. 1; inoltre cfr. Papiniano in D. 4. 6. 19: *placet interruptam possessionem postliminio non restitui... causa vero facti non continetur postliminio*.

²⁸⁷ L'espressione '*postliminium*' è posta a conferma di quella che doveva essere la sua funzione, perché deriva da «*post* (con valore spaziale, ma anche temporale) e *limen* (confine)»: cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., p. 28 nt. 53; nonché I. 1. 12. 5: *...Dictum est autem postliminium a limine et post. Unde eum qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recta dicimus; nam limina sicut in domibus finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limen dictum est, quasi finis quidam et terminus; ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus fuerat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse extimatur*. Sull'etimologia della parola e sulle origini molto antiche del *postliminium*, nonché sull'evoluzione dell'istituto sino al periodo tardo-antico, cfr. il più recente contributo di S. BARBATI, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del postliminium*, in *Accademia Romanistica Costantiniana* (Perugia 2014) XX, p. 590 s. Per quanto riguarda, invece, una riflessione più approfondita sull'arcaico *postliminium* cfr. L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* cit., p. 22 s., il quale sottolinea che gli effetti giuridici dell'istituto iniziavano a partire dal momento in cui il *captus ab hostibus* rientrava entro i confini romani e, a conferma di ciò, adduce, da un lato, la stessa parola '*postliminium*' poiché «è chiaro che essa pone l'accento sul fatto del ritorno, lasciando intendere che solo questo fatto doveva in origine essere rilevante» in quanto il *postliminium* in epoca arcaica era una mera situazione di fatto che si risolveva nel riacquisto della posizione originaria da parte del *civis reversus in civitatem*, riacquisto che era «inscindibilmente collegato al fatto del ritorno; in questo senso è giustificato dire, perciò, che alle origini il *postliminium* è soltanto una situazione di fatto»; e, dall'altro, a sostegno della propria tesi, riporta le testimonianze di alcuni frammenti: D. 49. 15. 4 (Mod. 3 reg.): *Eos, qui ab hostibus capiuntur vel hostibus deduntur, iure postliminii reverti antiquitus placuit*; D. 49. 15. 19 pr. (Paul. 16 ad Sab.): *...ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet...*; nonché la definizione di *postliminium* data da Aquilio Gallo e riportata da Festo: *Postliminium receptum Gallus Aelius... ait esse eum, qui... in... civitatem redit...*, per la quale cfr. W. M. LINDSDAY, *Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome. Thewrewkianis copiis usus* (Lipsia 1897) p. 244. Sulla necessità che colui che fosse stato reso *servum hostium* tornasse *intra fines* con l'intenzione di rimanervi, cfr. F. BONA, *Sull'animus remanendi' nel postliminio*, in *SDHI*, XXVII, 1961, p. 187 ss.

degli stessi se si intende comprendere a pieno il perché, ad un certo punto dell'evoluzione storica, si avvertì quasi come naturale il ricorso alla finzione.

III.3 La *fictio legis Corneliae* e la *fictio postliminii* .

Proprio perché le disposizioni della *lex Cornelia* e l'istituto del *postliminium* sembrano correlati, la romanistica è per la maggior parte orientata a ritenere che fu proprio l'introduzione della *fictio legis Corneliae* a determinare la formazione nel pensiero giuridico romano classico del concetto giuridico di 'pendenza', che modificò a fondo il *postliminium* ²⁸⁸, come si percepisce con chiarezza da:

Gai. 1. 129: *Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii quod hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt: itaque reversus habebit*

²⁸⁸ Cfr. L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* cit., p. 162; ID. *Appunti per la storia del dogma della pendenza* cit., p. 109 ss.; G. NICOSIA, *Prigione di guerra e perdita della libertà nell'esperienza giuridica romana* cit., p. 708 s.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 360. Per quanto riguarda, invece, il regime giuridico del *postliminium* per il periodo antecedente all'affermarsi della teoria della pendenza cfr. L. D'AMATI, *Civis ab hostibus captus* cit., p. 165 ss., le cui parole ben sintetizzano l'ampiezza del dibattito dottrinario sul punto e lo stato dell'arte. La studiosa, infatti, criticando la teoria sostenuta da Amirante a proposito delle caratteristiche arcaiche del *postliminium* , così afferma: «le testimonianze giuridiche che ci sono pervenute non consentono di ricostruire con certezza la situazione precedente alla *lex Cornelia* ... finché la nostra indagine può risalire, in tutte le testimonianze relative al *civis ab hostibus captus* esiste il *postliminium* . Di qui la consapevolezza di dover valutare gli elementi da un angolo visuale limitato, e per questo non obiettivo, privo di riscontri sulla disciplina più antica della *captivitas* ... Non è facile stabilire il momento in cui si producono gli effetti del *postliminium* sulla *captivitas* . Secondo Amirante... si deve distinguere un *postliminium* dell'età arcaica, che implicava la rinascita dei diritti estinti del *captivus* , operante solo nel caso in cui questi riuscisse a rientrare *in civitatem* , da un *postliminium* dell'età classica, che invece manteneva *in pendenti* tali diritti, a prescindere dal ritorno del prigioniero; e dunque sin dal momento della cattura, sia che questi riuscisse a tornare sia che non riuscisse. Ed a parere dello studioso il passaggio sarebbe stato segnato dall'emanazione della *lex Cornelia* , ritenuta ponte tra la resurrezione dei diritti del prigioniero e la loro pendenza... l'ipotesi, certamente suggestiva sotto taluni aspetti, non mi sembra condivisibile sotto tutti i profili... In primo luogo perché vi è un'obiettivo difficoltà nella ricostruzione della fase arcaica... vista la mancanza di testimonianze giuridiche a conforto, che non risentano dell'influenza della *lex Cornelia* . Inoltre, perché l'argomento, così impostato, sembra troppo risentire di una moderna concettualizzazione giuridica... In ultima analisi, perché... non ritengo che si possa essere modificata così a fondo la disciplina del *postliminium* »; e prosegue concludendo: «in definitiva, l'assoluta mancanza di testimonianze giuridiche più risalenti, accompagnata dall'obiettivo difficoltà di riportare con sicura certezza alle categorie dogmatiche elaborate dalla scienza giuridica moderna le soluzioni adoperate dai giuristi romani nei diversi casi loro prospettati, laddove gli effetti prodotti dalla reviviscenza di un diritto estinto non sembrano essere differenti da quelli che seguono al ripristino di un diritto pendente o al risveglio di un diritto quiescente, non consente di accogliere – se non in via ipotetica – una così netta diversa configurazione dell'istituto nei due periodi identificati dallo studioso».

liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestate quoque parentis in suspenso esse.

Nel passo il giurista affronta la problematica per la quale l'ascendente sia stato fatto prigioniero dai nemici, e afferma che - sebbene divenga loro schiavo - la condizione giuridica dei figli resta in uno stato di pendenza a causa del *ius postliminii*; in quanto coloro che sono stati fatti prigionieri dai nemici, se tornano in patria, riacquistano tutti i precedenti diritti. Pertanto, colui che riesca a tornare in patria, riavrà *in potestate* i suoi discendenti; se, invece, morirà in territorio nemico, i figli diventeranno *sui iuris*.

La parte che appare più interessante ai nostri fini, è quella in cui Gaio prosegue sottolineando come fosse dubbio se - una volta morto l'ascendente *apud hostes* - i discendenti si dovessero considerare *sui iuris* sin dal momento della morte dell'ascendente, oppure a partire dal momento della sua cattura. Ciò in quanto sicuramente sin dal periodo classico si pose il problema se dare rilevanza al momento effettivo in cui il prigioniero morisse *apud hostes*, oppure a quello in cui venisse catturato: ci si rese probabilmente conto che solo attribuendo maggior importanza al momento del decesso del prigioniero, si sarebbe riuscito in concreto a preservare la *spes postliminii*²⁸⁹, cioè la speranza di tornare in patria e riacquistare *omnia pristina iura*. Infatti, se non si fosse fatto ricorso al concetto giuridico di pendenza, i figli sarebbero diventati *sui iuris* al momento della cattura del padre, con la conseguenza che, qualora questi fosse riuscito a tornare in patria, non avrebbe più potuto riacquistare la potestà su di essi.

Una volta attribuita rilevanza al momento effettivo della morte *apud hostes*, ci si chiese se gli effetti giuridici, scaturenti da tale evento, si sarebbero dovuti produrre a partire dal momento della morte, oppure se avessero dovuto retroagire al momento della cattura. Nel concreto era dubbio se, dopo la morte del *pater familias apud hostes*, i figli avrebbero dovuto essere considerati *sui iuris* sin dalla

²⁸⁹ Sull'uso dell'espressione '*spes postliminii*' cfr. D. 38. 2. 4. 2 (Paul. 42 *ad ed.*).

data del decesso del padre, oppure se potessero essere considerati tali con efficacia retroattiva, a partire dal momento in cui il *pater* fosse stato fatto prigioniero.

Sembra che possa aver contribuito a chiarire questo dubbio giurisprudenziale, l'intervento della *lex Cornelia*, che – parallelamente all'istituto del *postliminium* – operava (anch'essa) a favore del *captus ab hostibus*, consentendo, attraverso la *fictio*, che il testamento redatto dal *civis* prima della cattura mantenesse la propria validità anche se questi fosse poi morto presso i nemici; ciò in violazione della regola secondo cui per la validità del testamento occorre che il testatore avesse la *testamenti factio* anche al momento della morte.

Quale fosse però l'effettiva formulazione della *fictio legis Corneliae* non è chiara: il suo contenuto, infatti, pare che abbia suscitato un ampio dibattito tra i *iuris prudentes*. Si vedano i seguenti passi di Giuliano:

D. 28. 1. 12 (Iul. 42 dig.): *Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent...*

D. 28. 6. 28 (Iul. 62 dig.): *Lex Cornelia, quae testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent.*

D. 49. 15. 22 pr. (Iul. 62 dig.): *...lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestate non pervenissent.*

Se ci si basa su tali testimonianze, risulta che la finzione consisteva nel considerare i cittadini romani come *si in hostium potestatem non pervenissent*, ossia come se non fossero mai caduti sotto il potere dei nemici; ma se si osservano alcuni passi di Paolo e Ulpiano - giuristi che operarono in un'età più tarda rispetto a Giuliano e a Gaio - si è portati a credere che il contenuto della *fictio* fosse diverso:

D. 35. 2. 1. 1 (Paul. l. sing. ad legem Falcidiam): *...ea lex (Cornelia) perinde eorum testamenta confirmat, atque se in civitate decessissent...*

D. 38. 2. 4. 1 (Paul. 42 *ad ed.*): ...*propter legem Corneliam, quae testamentum sic confirmat, atque si in civitate decessisset...*

Ulp. *Reg. 23. 5*: *Si is qui testamentum fecit ab hostibus captus sit, testamentum eius valet, si... ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset.*

Da tali frammenti pare potersi desumere che la *fictio* consisteva nel considerare i cittadini romani come *si in civitate decessissent*, quindi come se fossero deceduti in città.

La diversità delle testimonianze pervenute ci desta nell'interprete il sospetto che la *lex Cornelia* non contenesse, in verità, al suo interno alcuna finzione espressa nei termini riportati da Giuliano, né tanto meno in quelli di Paolo e Ulpiano. I dubbi interpretativi, infatti, sorgono sempre a fronte di una qualche ambiguità delle disposizioni normative; e tale ambiguità doveva aver indotto i giuristi a prospettare diverse alternative. Infatti, sebbene - ad un primo sguardo - la discrepanza tra tali testimonianze sembri priva di una qualche rilevanza pratica, dal momento che entrambi i modi di esprimere la finzione consentivano - sul piano degli effetti giuridici - di assumere, contrariamente al vero, che il testatore fosse morto libero e cittadino in patria²⁹⁰, non sono mancati tentativi di cogliere l'eventuale differenza che la giurisprudenza intendeva rimarcare scegliendo di adottare l'una o l'altra formulazione della finzione.

Così Bianchi, al fine di trovare una ragione giustificatrice dei diversi contenuti che i giuristi attribuirono alla *fictio*, dapprima collega la questione ad un altro problema: quello dell'estensione della disciplina che la *lex Cornelia* prevedeva per

²⁹⁰ Questa è l'opinione di A. BECHMANN, *Das ius postlimini und die lex Cornelia: ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts* (Erlagen 1872) p. 85 ss., che è stata successivamente ripresa da L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* cit., p. 39, il quale, afferma: «Non crediamo sia possibile sapere, o almeno ipotizzare, se una delle due, e quale, facesse parte del testo della legge, dal momento che esse possono ritenersi equivalenti... Ciò non toglie però, anzi conferma, che il contenuto originario della *fictio legis Corneliae*, sia stato quello espresso dal Bechmann: fingere che il *captivus* morto *apud hostes*, sia morto invece libero e cittadino *in civitate*». Dello stesso parere è M. BARTOŠEK, *Captivus* cit., p. 170 s., il quale, estremizzando il valore di tale controversia giurisprudenziale, osserva che non possiamo sapere se la *lex* presentava al suo interno una *fictio* o se, piuttosto, si sia limitata a disporre la validità del testamento redatto dal *civis* prima della cattura da parte dei nemici. Ciò nonostante, secondo l'autore è più plausibile credere che, se la *lex* avesse contemplato una *fictio*, questa probabilmente sarebbe stata '*si in civitate decessisset*'.

la successione testamentaria²⁹¹ alla successione *ab intestato*. Infatti, sembra che la *lex* - voluta da Silla per salvare il testamento redatto dal *civis* prima della cattura - sia stata in prosieguo di tempo estesa anche alla successione *ab intestato*, al fine di tutelare anche il cittadino che non avesse fatto testamento prima di essere tratto prigioniero dai nemici²⁹². Sulla base di ciò, l'autore afferma che «se l'ambito originario della *lex* riguardava il solo testamento fatto dal *civis* prima della caduta in prigionia, e non anche la successione intestata, risulterebbe altamente probabile la formulazione '*si civis in civitate decessisset*'... : questa formulazione sembra rispondente alla sola conferma del testamento che viene inficiato a causa della

²⁹¹ Che l'originario ambito di applicazione della *lex Cornelia* fosse soltanto quello testamentario è certo, e si evince con chiarezza da D. 28. 3. 15 (Iav. 4 *epist.*): *...per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent...*

²⁹² Depongono in questo senso i frammenti di Ulpiano D. 38. 1. 16 pr. (*per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur si in civitate decessisset*); Paul. *Sent.* 3. 4a. 8 (*...beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae...hereditates firmantur*); e Giuliano D. 49. 15. 22pr. Tuttavia, le modalità attraverso cui avvenne l'estensione della disciplina testamentaria alla successione intestata sono ampiamente dibattute: Cfr. H. J. WOLFF, *Conferenze Washingtoniane del Riccobono Seminar of Roman Law in America. I. The «lex Cornelia de captivis» and the roman law of succession* cit., p. 344 ss. (e, in maniera ancora più approfondita in *The «lex Cornelia de captivis» and the roman law of succession* cit., p. 133 ss.), il quale ipotizza che l'evoluzione fu graduale e che si articolò già prima che venisse emanata la *lex Cornelia* in due fasi: in una prima fase, alla morte del *captivus apud hostes*, la proprietà del *de cuius* diveniva derelitta e poteva perciò essere occupata da chiunque e – successivamente - acquistata per usucapione, mentre, in una seconda fase – iniziata prima della *lex Cornelia* ma destinata a proseguire anche dopo - il pretore avrebbe concesso la *bonorum possessio* a quelli che sarebbero stati gli eredi legittimi del prigioniero; solo dopo l'emanazione della *lex Cornelia*, se il prigioniero fosse morto senza aver fatto testamento, avrebbe dovuto aprirsi la successione intestata. Di diverso avviso è S. SOLAZZI, *Il concetto del «ius postliminii* cit., p. 565 ss., il quale, da un lato, facendo riferimento a Gai. 1. 129 sostiene che il *captus ab hostibus* manteneva, durante la prigionia, pendente la *testamenti factio* e, dall'altro, che, per il prigioniero, il fatto di conservare la capacità di fare testamento, non avrebbe escluso la necessità che si intervenisse comunque attraverso la *factio legis Corneliae*, in quanto il testamento era – al pari del matrimonio e del possesso – una *res facti*, alla quale si riteneva che non fosse applicabile l'istituto del *postliminium*. Il testamento, perciò, sarebbe comunque rimasto privo di valore e di effetti anche qualora il prigioniero fosse riuscito a tornare in patria, se non fosse intervenuta la *lex Cornelia*. L'estensione della disciplina testamentaria alla successione intestata, secondo l'autore, sarebbe avvenuta solo dopo l'epoca classica perché, a partire da questa fase storica, si assistette all'estinzione dei diritti del prigioniero, il quale poteva recuperarli solo con il ritorno in patria; perciò, a partire da questo momento, anche la successione intestata poté compiersi solo attraverso l'espedito della *factio legis Corneliae*. Infine, L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* cit., p. 32 ss., rifiuta entrambe le teorie, sostenendo che l'apertura della successione testamentaria ed *ab intestato* fu strettamente connessa all'evoluzione dell'istituto del *postliminium* poiché, mentre nel periodo arcaico la *successio* si privava immediatamente all'atto della cattura del *civis Romanus* ed era proprio in quel dato momento che avveniva la *capitis deminutio maxima* che, in sostanza, era equiparata alla morte; in una seconda fase - successiva alla *lex Cornelia* - la disciplina della successione testamentaria venne estesa anche alla successione *ab intestato*, facendo sì che anch'essa si aprisse al momento della morte del prigioniero, in quanto fu proprio da tale intervento normativo che i giuristi romani trassero spunto per la formulazione del concetto giuridico di pendenza dei diritti. La questione è insomma molto controversa in dottrina.

prigionia, mentre quella *'si in hostium potestatem non pervenisset'* sembra meglio rispondere a quella generalizzazione che... è frutto di una successiva elaborazione». E, ancora: «mentre nell'epoca in cui la *lex* venne emanata, la formulazione *'si civis in civitate decessisset'* era effettivamente idonea alla 'conservazione' del testamento effettuato in precedenza, a rigore, la formulazione *'si in hostium potestatem non pervenisset'* avrebbe comportato anche la validità del testamento eventualmente compiuto in prigionia». Il che non era possibile, perché il *servus* era privo di *testamenti factio*; perciò il testamento da lui redatto sarebbe stato senza valore né effetti²⁹³.

L'autore, inoltre, nel prosieguo della trattazione - sviluppando l'intuizione di Bartošek - avanza l'ipotesi che la formulazione di Giuliano abbia spianato la strada alla creazione o quantomeno al perfezionamento del concetto giuridico di 'pendenza' che per il periodo classico viene testimoniato da Gaio in l. 129. Egli sostiene che, supponendo falsamente che il cittadino non fosse mai caduto *in potestate hostium*, si fingeva che questi fosse sempre rimasto libero e cittadino, facilitando così l'affermarsi della teoria della pendenza²⁹⁴.

Lo spunto offerto da Bianchi consente di fare un ulteriore passo in avanti, in quanto sembra che la formulazione prospettata da Giuliano consenta di ignorare il fatto della cattura e, in ragione di ciò, focalizzarsi sul momento dell'effettivo decesso del prigioniero; con la conseguenza che - se è vero che la *fictio legis Corneliae* ha fortemente condizionato l'istituto del *postliminium* - la finzione *si in hostium potestate non pervenisset* non avrebbe permesso alla giurisprudenza di sviluppare il concetto giuridico di retroattività degli effetti; mentre, la seconda finzione: *si civis in civitate decessisset*, spostando l'attenzione dei giuristi dal momento della morte a quello della cattura, avrebbe aperto la strada per lo sviluppo del concetto di retroattività degli effetti giuridici.

Condurrebbe verso tale interpretazione anche il dato costituito dalla vicinanza storica delle testimonianze (quella riconducibile a Giuliano e quella di Gaio)

²⁹³ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 360 s.; nonché D. 28. 1. 8 pr. (Gai. 17 ad ed. prov.): *Eius qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit.*

²⁹⁴ Cfr. M. BARTOŠEK, *Captivus* cit., p. 183 ed E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 361, il quale afferma: «si voleva far sì che anche durante il tempo della prigionia i diritti del *captivus* fossero mantenuti e non, come in precedenza, che il solo testamento fosse salvaguardato».

pervenuteci, le quali lasciano intendere che la problematica della retroattività o meno degli effetti giuridici, a quel tempo, doveva essere particolarmente sentita dai giuristi romani.

Sembra poi che, per sopire il dibattito prospettato dal passo gaiano (§ 129), si sia dovuto aspettare sino all'affermarsi della seconda formulazione della *fictio legis Corneliae*, quella riportata da Paolo e Ulpiano; perché solo intendendo in questi termini la finzione, si sarebbe potuto far coincidere il momento della morte con quello della cattura, e – conseguentemente - considerare i figli *sui iuris* con efficacia retroattiva, come se il *pater*, anziché morire presso i nemici, fosse morto in città nel momento stesso in cui fosse stato fatto prigioniero²⁹⁵.

È possibile, inoltre, che il prevalere della *fictio si civis in civitate decessisset* in luogo di quella *si civis in hostium potestate non pervenisset*, fu determinato anche dal fatto che tale contenuto, in concreto, apparve quello in grado di preservare meglio il disposto della *lex Cornelia* e, per converso, la volontà del testatore²⁹⁶. A sostegno di questa ipotesi, si ritiene significativo un frammento di Papiniano che, com'è noto, scrive in una fase storica successiva a quella in cui operano Giuliano e Gaio, e contemporanea, invece, a quella in cui scrivono Paolo e Ulpiano:

D. 49. 15. 10 (Pap. 29 *Quaest.*): *Pater instituto impuberi filio substituerat, et ab hostibus captus ibi decessit; postea defuncto impubere legitimum admitti,*

²⁹⁵ Se tale interpretazione risulta plausibile, non si può concordare con l'opinione di E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 363 secondo cui il testo della *lex Cornelia* doveva originariamente contemplare la *fictio si civis in civitate decessisset*, poiché, se così fosse, non si spiegherebbe il dubbio di Gaio espresso in l. 129 sulla retroattività o meno degli effetti giuridici. Tuttavia cfr. sul punto anche B. ALBANESE, *Le persone nel diritto provato romano* cit., p. 37, secondo cui entrambe le versioni di *fictio legis Corneliae* prospettate dai giuristi comporterebbero una retroattività giuridica: «quella legge dispose che il testamento del cittadino caduto in prigionia e morto in quello stato avesse efficacia come se il *captivus* non fosse mai stato tale, e cioè come se egli fosse morto al momento stesso della cattura e quindi ancora libero... la finzione della *lex Cornelia* rafforzò – e forse, determinò – l'idea... della possibile efficacia retroattiva del *postliminium*: infatti, quella finzione, spostando il momento della rilevanza giuridica della morte del *captivus* dalla data effettiva della morte alla precedente data della cattura, si risolve in un fenomeno di retroattività giuridica».

²⁹⁶ Cfr. sul punto E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 364, il quale evidenzia «la maggior facilità – sotto il profilo della capacità di astrarre – di supporre un fatto immaginario positivo, anziché uno negativo» e, quindi, l'antiorità storica delle finzioni positive (quale era quella '*si civis in civitate decessisset*'), rispetto a quelle negative ('*si in hostium potestate non pervenisset*'); *Contra* Y. THOMAS, «*Fictio legis*». *L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales* in *Droits*, 21, 1995, p. 22. Nel caso di specie sembra davvero che la formula positiva sia quella di più immediata percezione ma non sembra che da ciò possa trarsi un principio di carattere generale, valevole per qualsiasi tipo di *fictio*, e neppure che dalla positività o della negatività della formula possa trarsi un indizio sul periodo storico al quale risalga ciascuna finzione.

quibusdam videbatur; neque tabulas secundas in eius persona locum habere, qui vivo patre sui iuris effectus fuisset; verum huic sententiae refragatur iuris ratio; quoniam si pater, qui (non) rediit, iam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet. Si mortuo patre capiatur impubes institutus, vel exheredatus; in promptu est dicere legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutum eius dumtaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri; quoniam verum est, ne impuberum quidem factionem testamenti habuisse; et ideo non esse alienum, praetorem subsequi non minus patris, quam substituto dare.

Nel brano si ragiona a proposito di una sostituzione pupillare²⁹⁷ e si discute dell'ipotesi in cui un padre istituisca erede legittimo il figlio impubere e nomini un sostituto. In questo caso, afferma il giurista, bisogna distinguere: se muore l'impubere, alcuni pensano che debba essere chiamato l'erede legittimo, e che la disposizione testamentaria non abbia effetto nei confronti di colui che nel frattempo era divenuto *sui iuris* (proprio perché, essendo *sui iuris*, avrebbe potuto fare testamento); ma se il padre si considera morto al momento della cattura, la sostituzione ha necessariamente effetto. Se dopo che è morto il padre, muore o viene diseredato anche il figlio impubere preso dai nemici, è certo che la *lex Cornelia* riguarda solo la persona che ha facoltà di fare testamento; quindi, in forza della *lex Cornelia* viene deferita l'eredità legittima all'impubere in stato di cattività, perché è certo che l'impubere non ha facoltà di fare testamento e, di conseguenza, il pretore seguirà sia la volontà del padre sia quella della *lex* e concederà al sostituto le azioni utili contro l'eredità²⁹⁸.

Dall'esegesi del passo è intuibile che era diventato determinante per i giuristi comprendere se la morte del *pater* doveva considerarsi avvenuta con efficacia retroattiva al momento della cattura o meno, perché, solo retroagendo idealmente il verificarsi dell'evento morte, poteva preservarsi l'efficacia della sostituzione pupillare, anche qualora il figlio - durante la prigionia del *pater* - fosse diventato *sui iuris* e fosse poi morto senza fare testamento.

²⁹⁷ È opportuno ricordare che la sostituzione pupillare consentiva di scegliere un erede che andasse a sostituire l'instituito figlio impubere per il caso in cui questi morisse prima di diventare *sui iuris* e, quindi, senza poter fare testamento; cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 860.

²⁹⁸ Il riferimento alle azioni utili richiama inevitabilmente alla mente le *actiones ficticiae* (cfr. § 11 cap. I) e, in particolare, quelle azioni modificate attraverso l'inserimento della *fictio si heres esset*.

Dal ragionamento giuridico di Papiniano, dall'ampio dibattito giurisprudenziale testimoniato dai differenti contenuti attribuiti alla *fictio legis Corneliae*, e, infine, dal brano 1. 129 di Gaio, si deduce che probabilmente il testo della *lex Cornelia* era ambiguo, e che (forse) nemmeno conteneva una *fictio* espressa a chiare lettere.

È possibile, in sintesi, che il meccanismo finzionistico fosse stato elaborato dalla giurisprudenza per giustificare la normativa della *lex Cornelia*, volta a preservare la volontà del testatore, e che - solo successivamente - attraverso l'attività interpretativa, la finzione fosse stata articolata, dapprima nelle due formulazioni (*si civis in hostium potestatem non pervenisset* e *si civis in civitate decessisset*) di cui abbiamo testimonianza, e, in seguito, nell'unica forma pervenutaci attraverso le fonti dei giuristi dell'età più tarda: quella *si civis in civitate decessisset*, che era la sola in grado di porre fine alla questione della retroattività giuridica degli effetti del *postliminium*, come si desume chiaramente da un frammento di Ulpiano che è posto sotto la rubrica '*Fictio legis Corneliae*':

D. 49. 15. 18 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*

Nel passo viene specificato che colui il quale non è ritornato dai nemici, si reputa morto sin dal momento della cattura. Esso non può che avallare la plausibilità della teoria secondo cui la *fictio legis Corneliae*, influenzando sull'istituto del *postliminium*, abbia condotto all'affermarsi del concetto di retroattività degli effetti giuridici.

Anche se si segue tale interpretazione, secondo cui la teorizzazione della *fictio* sia da attribuire all'opera della giurisprudenza, l'appellativo '*fictio legis Corneliae*' rimane giustificabile, perché - sebbene non appaia plausibile che fosse il testo della *lex* a prevedere espressamente una finzione - erano comunque le disposizioni legislative che, per essere giustificate (o spiegate), richiedevano l'operare di una *fictio* funzionale a preservare la volontà del testatore.

Possiamo anche ipotizzare, seguendo la teoria di Bianchi, che Giuliano - a partire dal testo ambiguo della *lex Cornelia* - abbia voluto proporre la *fictio si in hostium potestatem non pervenisset*, nel tentativo di estendere la disciplina prevista

per la successione testamentaria alla successione *ab intestato*, oppure al fine di favorire la concettualizzazione della pendenza; ma ciò non spiegherebbe in ogni caso come mai i giuristi successivi abbiano attribuito un altro contenuto alla finzione alla *lex Cornelia*. Non manca chi sostiene che Giuliano abbia semplicemente equiparato la formula *si in hostium potestatem non pervenisset* alla più precisa *si in civitate decessisset*²⁹⁹; ma appare difficile credere che il giurista abbia, con superficialità, ribadito più volte questa equivalenza, che compare in ben tre frammenti³⁰⁰.

In sostanza, il fatto che la finzione venga definita espressamente come '*fictio legis Corneliae*' - lasciando intendere che fosse contenuta all'interno della *lex* - non sembra possa di per sé smentire che la finzione fosse di creazione interpretativa piuttosto che legislativa³⁰¹. Si tratta, infatti, di attestazioni contenute in poche fonti postclassiche e, più precisamente, in frammenti attribuibili a giuristi che operarono in un'epoca di molto successiva a quella in cui la *lex Cornelia* fu emanata. Pertanto appare possibile – se non addirittura probabile – che a quel tempo tra i giuristi fosse ormai invalso l'uso dell'espressione *fictio legis Corneliae* semplicemente per indicare il modo in cui concretamente si applicava la disciplina della *lex* a favore del testatore catturato dai nemici; né ciò può ridurre l'importanza

²⁹⁹ Cfr. M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre lo verdaderos limites de la ficción en derecho romano* cit., p. 325, il quale osserva che, mentre la *lex* prevede la finzione eliminando, così, l'ostacolo con il fatto della morte in cattività, la giurisprudenza traduce la finzione in un'equiparazione, che era la risorsa cui poteva arrivare tramite la logica.

³⁰⁰ Cfr. sul punto S. SOLAZZI, *La pendenza dei diritti nelle fonti romane* cit., p. 591 nt. 107, il quale a tal proposito afferma: «non credo che la formula di D. 28. 1. 12: *ac si in hostium potestate non pervenissent* risponda ai termini della legge più esattamente della formula *atque si in civitate decessissent* usata da Paolo (D. 35. 2. 1. 1; 38. 2. 4. 1) e da Ulp. *Reg.* 23. 5. La prima formula, supponendo che il testatore non sia mai divenuto prigioniero, convaliderebbe anche il testamento fatto durante la cattività; invece la finzione che il testatore sia morto *in civitate* riguarda palesemente il tempo anteriore alla prigionia, e quindi il testamento posteriore è nullo (D. 28. 1. 8 pr.; 29. 1. 10; 32. 1 pr.; I. 2. 12. 5). L'ampiezza esagerata ed equivoca della formula *ac si in hostium potestatem non pervenissent* mi persuade che non era nel testo della legge, benché sia in tre passi di Giuliano (D. 28. 1. 12; 28. 6. 28; 49. 15. 22 pr.)»; e H. J. WOLFF, *Conferenze washingtoniane del Riccobono* cit., p. 344 ss., ID., *The lex Cornelia de captivis and the roman law of succession* cit., p. 136 ss., il quale nei suoi studi evidenzia che la *lex Cornelia* disciplinava esclusivamente la successione testamentaria, e che la *fictio* è stata elaborata dalla giurisprudenza solo in epoca tarda.

³⁰¹ Sul punto cfr. U. RATTI, *Studi sulla captivitas e alcune repliche in tema di postliminio* (Napoli 1980) p. 197, secondo cui la *fictio legis Corneliae* scaturì da un'attività interpretativa svoltasi nell'epoca repubblicana e non ancora conclusasi ai tempi di Gaio.

che ebbe tale meccanismo finzionistico, il quale senz'altro scaturì dalle disposizioni della *lex Cornelia*.

Ma vi è di più. Sembra, infatti, che l'elaborazione giurisprudenziale fu tale da aver influenzato e condotto verso l'affermarsi di un'altra finzione: la *fictio postliminii*, che si rintraccia in altre fonti giustinianee e che, a ben guardare, si risolve proprio in quel meccanismo di retroattività giuridica che era avvertito già come necessario da Gaio e che, successivamente, è stato evidenziato anche da Papiniano e Ulpiano.

La testimonianza più significativa pervenutaci sulla *fictio postliminii* si riscontra nelle Istituzioni di Giustiniano, in un passo che sostanzialmente ripercorre quello di Gaio (1. 129), seppur con alcune varianti:

I. 1. 12. 5: *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet, ius liberorum propter ius postliminii: quia hi qui ab hostibus capti sunt si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt. Idcirco reversus et liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse: si vero ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater, filius sui iuris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter ius postliminii ius quoque potestatis parentis in suspenso esse.*

Le differenze rispetto al passo gaiano sono individuabili principalmente nella parte centrale, in cui si afferma che il *reversus* avrà in potestà i figli '*quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse*'. Da tale affermazione si può evincere che i giustinianeî ricollegarono l'istituto del *postliminium* alla *fictio* che il prigioniero fosse sempre rimasto in città; e, così facendo, ne affermarono senz'altro la retroattività degli effetti, poiché, al dubbio manifestato da Gaio in 1. 129, sostituirono il principio secondo cui il figlio deve considerarsi come se fosse stato *sui iuris* sin dal momento della cattura del padre³⁰².

³⁰² Tuttavia, cfr. sul punto anche la teoria, originale ma rimasta isolata in dottrina, di S. SOLAZZI, *Il concetto del «ius postliminii»* cit., p. 568 s., secondo cui la *fictio postliminii* è incompatibile con il concetto giuridico di pendenza dei diritti: «lo schema della finzione è superfluo con l'idea che i diritti del prigioniero rimangono sospesi; da questa idea scaturisce necessariamente la retroattività del *postliminium*, perché il ritorno del prigioniero risolverà l'incertezza della pendenza, assodando lo stato dei rapporti quale si ebbe fino al principio della cattività. Per contrario, sostituita la pendenza dall'estinzione, bisognerà decidere se il ripristino dei diritti avvenisse *ex tunc* o *ex nunc*; e, poiché volevano mantenere gli effetti pratici dell'antico istituto, i bizantini ricorsero alla finzione

Significativo appare poi un altro frammento attribuibile ad Ulpiano, posto sotto la rubrica '*Fictio postliminii*':

D. 49. 15. 16 (Ulp. 13 *ad Sab*): *Retro creditor in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.*

Qui il giurista afferma che colui che ritorna dalla prigionia, si reputa essere stato per lo addietro cittadino romano, offrendo così una conferma di come il *postliminium* fosse collegato alla retroattività degli effetti giuridici.

Seguendo l'evoluzione di entrambe le finzioni, è possibile quindi trarre alcune conclusioni.

Sembra che il meccanismo finzionistico scaturente dalla *lex Cornelia* testimoni un dualismo ancora marcato tra il *ius civile* e la *lex*, in quanto intervenne a confermare il testamento che, altrimenti, *iure civili*, sarebbe rimasto privo di validità e di effetti; senza stravolgere i principi giuridici sino a quel momento operanti, ricorrendo semplicemente alla falsa supposizione che il testatore fosse morto libero e cittadino in patria. La finzione, inoltre, sembra che sia stata meglio definita dall'attività interpretativa della giurisprudenza a partire dalle disposizioni della *lex Cornelia* e che, ancora una volta, si sia rivelata determinante (così come le *fictiones* pretorie) alla produzione del diritto oggettivo, poiché pare che possa aver contribuito in modo significativo alla creazione del concetto di retroattività degli effetti giuridici, influenzando, così, l'istituto del *postliminium*. La *fictio postliminii*, invece, a ben guardare costituisce una prova di come l'espedito della finzione avesse in epoca giustiniana ormai pervaso la mentalità giuridica romana, sino a diventare un modo differente e più articolato di pensare il diritto: l'istituto del *postliminium*, nel periodo postclassico, viene ormai spiegato ricorrendo ad un meccanismo finzionistico.

che il reduce non fosse mai stato in prigionia. Tale finzione si innesta sul dogma della reviviscenza, non su quello della pendenza; le I. 1. 12. 5, dichiarando che *postliminium fingit rell.*, fermano il concetto prevalso nel diritto giustiniano. Il captivo perde i suoi diritti; ma, tornando in patria, li recupera con effetto retroattivo, perché si finge che sia stato sempre cittadino». Vd. pure le critiche avanzate contro tale tesi da L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* cit., p. 178 s., il quale sottolinea altresì come «con queste formulazioni Giustiniano intese affermare decisamente una retroattività generale del *postliminium* e porre fine alle diverse interpretazioni della *fictio corneliana*».

III.4 Le *fictiones* nelle statuizioni sulle manomissioni degli schiavi: la *lex Iunia*.

Alcune finzioni si rintracciano nel terzo libro delle *Institutiones* gaiane ai §§ 56, 75 e 76. Si tratta delle *fictiones* ricollegabili a due leggi emanate nell'intento di disciplinare le manomissioni: la *lex Iunia* e la *lex Aelia Sentia*³⁰³.

Il rapporto tra le due *leges* è particolarmente controverso. Molti associano la *lex Iunia* menzionata da Gaio, alla *lex Iunia 'Norbana'*, riconducibile al 19 d.C.; sebbene quest'ultimo appellativo non si rintracci in fonti di epoca classica, perché è contenuto esclusivamente in un ridotto numero di fonti postclassiche e giustinianee³⁰⁴. Coloro che identificano la *lex Iunia* di cui parla Gaio con la *lex Iunia Norbana* ritengono, quindi, che tale legge sia intervenuta solo successivamente alla *lex Aelia Sentia*, la quale invece risale al 4 d.C.³⁰⁵. Tuttavia ciò non appare plausibile poiché, se si guarda complessivamente la disciplina che tali *leges* introdussero in materia di manomissioni, ci si rende facilmente conto di come sia più probabile che siano state emanate durante un arco temporale non troppo ampio - presumibilmente riconducibile all'epoca augustea - e, inoltre, di come sia più plausibile che la più risalente tra le due sia la *lex Iunia*, anche se non si sa con precisione di quanto³⁰⁶.

³⁰³ Tra coloro che si sono occupati del tema, cfr. M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre lo verdaderos límites de la ficción en derecho romano* cit., p. 326 ss.; U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 296 s.; F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 31 s.; A. J. B. SIRKS, *Informal manumission and the Lex Junia*, in *RIDA*, XXVIII, 1981, p. 247 ss.; ID., *The lex Junia and the Effects of Informal Manumission and Iteration*, in *RIDA*, XXX, 1983, p. 211 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *Lex Iunia de manomissionibus* (Milano 1985) p. 71 ss.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 373 ss.; ID., *Ancora qualche riflessione su Gai. 3. 56 e sulle finzioni della lex Iunia*, in *Incorrupta Antiquitas. Studi di storia, epigrafia e diritto in memoria di Giorgio Luraschi. Atti dell'incontro di studio di Como 25-26 maggio 2012*, p. 131 ss.; M. A. LIGIOS, *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. 3. 74-76*, in *JusOnline*, 1, 2018, p. 281 ss.

³⁰⁴ La dicitura '*Norbana*' si riscontra solo in I. 2. 5. 3 e nel corrispondente passo delle Parafrasi di Teofilo; mentre, la denominazione *lex Iunia*, si rintraccia non solo in numerose fonti classiche (cfr. Gai. 1. 22, 23, 80, 167; 2. 110 e 275; 3. 56, 57, 70; *Frag. Dosith.* 6, 7, 8, 12) ma anche postclassiche e giustinianee (cfr. *Ulp. Reg.* 1. 10, 3. 3, 11. 16 e 19, 20. 14, 22. 3; C. 7. 6. 1. 1a e 12a; I. 3. 7. 4).

³⁰⁵ Cfr. per tutti G. LONGO, alla voce «*lex Junia Norbana de manomissionibus*», in *NNDI* (Torino 1957) 9, p. 813; G. IMPALLOMENE, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica* (Padova 1996) p. 417 s.; e M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano* cit., p. 51 s.

³⁰⁶ Cfr. sul punto le interpretazioni di U. ROBBE, *La «Hereditas iacet»* cit., p. 296 nt. 348; A. J. B. SIRKS, *Informal manumission and the Lex Junia* cit., p. 250 s.; ID. *The lex Junia and the Effects of Informal Manumission and Iteration* cit., p. 212; M. BALESTRI FUMAGALLI, *Lex Iunia de manomissionibus* cit., p. 13 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 70 s.; E. BIANCHI, *Ancora qualche riflessione su Gai. 3. 56 e sulle finzioni della lex Iunia* cit., p. 132.

Con tale *lex* si intendeva tutelare quegli schiavi che non erano stati liberati in una delle forme di *manumissio iure civili* riconosciute (*vindicta*, *censu* o *testamento*), bensì tramite una dichiarazione informale del *dominus* che, alla presenza di alcuni amici, affermava la volontà che quel *servus* vivesse da uomo libero. L'intervento normativo si rese necessario perché la forma di *manumissio inter amicos*³⁰⁷ non era idonea a spiegare effetti sul piano del *ius civile*, dal momento che non avveniva nel rispetto delle formalità richieste; pertanto - anche se in un primo momento fu il pretore a tutelare coloro che erano stati liberati in questo modo - ben presto si avvertì l'esigenza di accordare loro non soltanto la libertà, ma anche una qualche forma di appartenenza ad una comunità organizzata³⁰⁸, come si deduce da:

Gai. 3. 56: *Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus id, quod alio loco diximus, eos, qui nunc latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est. Postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse*

³⁰⁷ Gaio fa riferimento alla *manumissio 'inter amicos'* in l. 41: *Et quamvis latinum facere velit minor XX annorum dominus, tamen nihilo minus debet apud consilium causam probare et ita postea inter amicos manumittere*; e in l. 44: *Ac ne ad eos quidem omnino haec lex pertinet, qui sine testamento manumittunt. Itaque licet iis, qui vindicta aut censu aut inter amicos manumittunt, totam familiam suam liberare, scilicet si alia causa non impediatur libertatem*. Per l'applicazione della disciplina della *lex Iunia* ai soli casi di *manumissio inter amicos*, cfr. *Frag. Dosith.*: 6. *Sed nunc habent propriam libertatem qui inter amicos manumittuntur, et fiunt Latini Iuniani, quoniam lex Iunia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos Latinis colonariis, qui cum essent cives Romani liberi, nomen suum in coloniam dedissent*. 7. *In his qui inter amicos manumittuntur voluntas domini spectatur; lex enim Iunia eos fieri Latinos iubet, quos dominus liberos esse voluit. Quod cum ita sit, debet voluntatem manumittendi habere dominus: unde si per vim coactus verbi gratia ab aliquo populo vel a singulis hominibus manuserit, non veniet servus ad libertatem, quia non intellegitur voluisse qui coactus est*; e *Ulp. Reg.* 1. 10: *...hodie autem ipso iure liberi sunt ex lege iunia, qua lege Latini sunt nominati inter amicos manumissi*; e G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 70 s., dal quale si deduce che la *lex Iunia* scaturì proprio dall'esigenza di tutelare coloro che erano stati liberati con questa specifica forma di *manumissio* diffusasi a partire dall'ultima età repubblicana. *Contra* M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano* cit., p. 51 s., che, a proposito delle manomissioni in forme diverse da quelle *iure civili* riconosciute, afferma: «È discusso in dottrina se per aversi la *Latinitas Iuniana* fosse sufficiente la volontà del *dominus* comunque manifestata», oppure se essa «dovesse essere rivestita di una certa forma, onde si sarebbe avuto un numero limitato di queste manomissioni c.d. pretorie. Forse il problema non esisteva, perché le forme di manomissioni pretorie ricordate dalle fonti coprono, praticamente, qualsiasi caso in cui il proprietario manifesti, in modo serio ed impegnativo, la volontà di liberare lo schiavo».

³⁰⁸ Ciò in quanto per i Romani il concetto di *libertas* era strettamente connesso a quello di appartenenza ad una comunità politicamente organizzata, all'interno della quale all'individuo poteva essere riconosciuto lo *status* di persona libera; cfr. G. NICOSIA, *Prigione di guerra e perdita della libertà* cit., p. 704 s.

latinos Iunianos: latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse coeperunt; Iunianos ideo, quia per legem Iuniam liberi facti sunt, etiamsi non essent cives Romani. Legis itaque Iuniae lator cum intellegeret futurum, ut ea fictione res latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuriam patronorum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque iure quodam modo peculii bona latinorum ad manumissores ea lege pertinent.

Nel passo il giurista- dopo essersi ricollegato espressamente a quanto detto in 1. 22-23 – ricorda che quanti sono detti *latini Iuniani* una volta erano schiavi ed erano mantenuti in tale stato di libertà *auxilio praetoris*, dimodoché anche i beni del loro *peculium* appartenevano ai loro patroni; e che, solo dopo l'intervento di una *lex Iunia*, coloro la cui libertà veniva tutelata dal pretore, divennero liberi e furono chiamati *latini Iuniani: latini*, poiché la legge li volle liberi come se fossero stati *cives Romani ingenui* che, una volta dedotti in colonie latine, erano divenuti *latini* coloniali; *Iuniani*, in quanto pur non essendo *cives Romani*, erano stati resi liberi dalla *lex Iunia*.

La *lex Iunia*, quindi, intervenne a garantire sul piano sostanziale la libertà di coloro i quali erano stati tutelati in precedenza solo a livello processuale dal pretore, che poteva accordare loro tale tutela in virtù del suo potere di *imperium*. Sicuramente anche in questo caso il *praetor* deve aver avuto un ruolo determinante nella formazione del meccanismo finzionistico previsto dalla *lex*, perché si può immaginare che egli concedendo tutela ai manomessi *inter amicos* con l'intento di rispondere alle mutate esigenze insorte nella prassi, abbia sollecitato l'intervento del legislatore; anche se le parole di Gaio sul punto appaiono piuttosto vaghe. Il giurista, infatti, si limita esclusivamente ad affermare che coloro i quali erano stati liberati, venivano di fatto tutelati nel godimento di questa situazione; ma non aggiunge nulla di più specifico sulle modalità attraverso cui ricevevano tutela *iure honorario*.

Quel che è certo - poiché si evince in modo chiaro dal linguaggio del § 56 - è che la *lex Iunia* diede luogo ad una finzione che consisteva nel considerare gli schiavi manomessi *inter amicos* come se (*perinde*) fossero stati cittadini romani

ingenui che, una volta stanziatisi in colonie latine, erano divenuti *latini coloniarii*. In sostanza, attraverso il meccanismo finzionistico - definito da Bianchi *fictio latinitatis*³⁰⁹ - il legislatore otteneva l'effetto di riconoscere lo *status* di uomo libero allo schiavo e contestualmente gli assicurava l'ideale appartenenza ad una comunità organizzata, attraverso l'attribuzione, non della cittadinanza, bensì della latinità³¹⁰.

Una volta appurato in cosa consistesse con precisione la *fictio* della *lex Iunia*, è possibile immaginare quale fosse la situazione antecedente all'intervento legislativo. Si è ipotizzato che il pretore tutelasse gli schiavi liberati *inter amicos* opponendo una *denegatio actionis* al *dominus* che, dopo aver manomesso informalmente lo schiavo, avesse cambiato idea chiedendo la *rei vindicatio*, e che - probabilmente - in aggiunta a tale tutela vi fosse quella approntata attraverso azioni fittizie, presumibilmente modificate attraverso la *fictio libertatis*³¹¹.

Tuttavia, si è già avuto modo di vedere come le fonti relative alla *fictio libertatis* siano davvero esigue e di difficile interpretazione, al punto tale da far presumere che si tratti, più probabilmente, di una costruzione moderna - non attribuibile al pensiero giuridico romano - piuttosto che di un espediente tecnico-giuridico da inserire all'interno delle *intentiones* formulari³¹². Certo, se una *fictio libertatis* fosse riscontrabile nell'elaborazione giuridica romana, l'ipotesi del suo uso in sede processuale potrebbe trovare un avallo nel fatto che la finzione era spesso lo strumento attraverso cui il *praetor* tentava di guidare il processo di formazione del diritto sostanziale; ma, anche a voler ammettere l'esistenza di una

³⁰⁹ Cfr. E. BIANCHI, *Ancora qualche riflessione su Gai. 3. 56 e sulle finzioni della lex Iunia* cit., p. 143 s.

³¹⁰ Sul punto cfr. però le considerazioni di M. BALESTRI FUMAGALLI, *Lex Iunia de manomissionibus* cit., p. 139, la quale puntualizza che, in verità, la latinità attribuita ai manomessi *inter amicos* non aveva una rilevanza pubblicistica ma, piuttosto, era una latinità personale, poiché non implicava appartenenza ad una determinata *civitas*, né li includeva in una delle colonie latine create da Roma durante il principato con il conferimento del *ius Latii*.

³¹¹ Cfr. M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano* cit., p. 326; A. DOS SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no direito romano* cit., p. 104 s.; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano* cit., p. 51. È stato giustamente rilevato da E. BIANCHI, *Ancora qualche riflessione su Gai. 3. 56 e sulle finzioni della lex Iunia* cit., p. 145 nt. 60, come sia improbabile che il *praetor* abbia potuto anticipare *iure honorario* la finzione della latinità - che è stata poi introdotta dalla *lex Iunia* - in quanto da Gaio viene presentata (in 3. 56) come uno strumento innovativo.

³¹² Cfr. *supra*, § 4, cap. II.

generica *fictio liberatis*, non abbiamo indizi a sufficienza per tentare una ricostruzione di quali fossero poi in concreto gli strumenti accordati dal pretore.

A prescindere da tali difficoltà, Gai. 3. 56 costituisce una testimonianza importante di come la finzione potesse trovare spazio nella *lex* o comunque scaturire dalla stessa attraverso l'opera interpretativa della giurisprudenza; e ciò si desume non soltanto dall'utilizzo dell'avverbio *perinde* ma – soprattutto - dal prosieguo del passo, in cui è il giurista stesso a specificare che si tratta di una *fictio*, nel punto in cui afferma che in virtù della finzione (*ea fictione*) i beni dei *latini* defunti avrebbero cessato di appartenere ai patroni, in quanto non gli sarebbero potuti spettare né a titolo di peculio, poiché non erano morti schiavi, né a titolo di manomissione, poiché erano liberti *latini*.

La *fictio*, in sostanza, equiparava la posizione dei *latini Iuniani* a quella dei *latini coloniarii*, come viene espressamente affermato dal giurista:

Gai. 1. 22: *latini Iuniani appellantur: latini ideo, quod adsimulati sunt latinis coloniariis; Iuniani ideo, quia legem Iuniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse.*

Nel brano si dice che i *latini Iuniani* sono detti *latini* proprio perché sono assimilati ai *latini coloniarii*, anche se solo da Gai. 3. 56 è possibile dedurre che tale equiparazione era ottenuta attraverso l'espedito della *fictio*; ed è stato sottolineato da Bianchi che Gaio non usa mai il termine *fictio* in un modo che non sia tecnico in senso stretto, come possono dimostrare i §§ 32 ss. del quarto libro³¹³. Pertanto, anche a voler ammettere che la scelta di quel '*perinde*' possa suscitare delle perplessità, dato il suo ampio significato, l'utilizzo del termine *fictio* non sembra che possa trarre in inganno circa il fatto che ci si trovi davanti ad una finzione.

Invero, la scelta del termine *fictio* è stata evidenziata dallo studioso in quanto egli, nella sua ricerca, mira a distinguere le *fictiones* propriamente dette (da intendersi come espedienti di carattere tecnico-giuridico, al pari di quelle riscontrate in ambito processuale ed elencate in Gai. 4. 32 ss.) da quelle che erano dei semplici meccanismi volti a ricongiungere la disciplina prevista per una data

³¹³ Cfr. E. BIANCHI, *Ancora qualche riflessione su Gai. 3. 56 cit.*, p. 149.

fattispecie ad un'altra fattispecie, senza dar luogo ad alcuna modificazione della realtà³¹⁴. In quest'ottica Bianchi afferma che quella della *lex Iunia* era una *fictio latinitatis*, consistente nel dare per presupposto l'avvenuta *deductio 'ex urbe Roma in latinas colonias'*, e che «lo scopo della legge non era quello di costituire una 'nuova' categoria di *latini* (che, indubbiamente, dopo, si venne a costituire)» bensì «quello di far sì che gli schiavi manomessi senza le formalità previste dal *ius civile* ottenessero la libertà senza, con ciò, violare il medesimo *ius civile*». Non sarebbe corretto, quindi, secondo l'autore, rintracciare una semplice *adsimulatio* o *exaequatio* dei *latini Iuniani* con i *latini coloniarii*, poiché, più correttamente, l'assimilazione è un «effetto indotto dalla *fictio*»³¹⁵.

A ben guardare, però, questa interpretazione del meccanismo finzionistico sembra eccessivamente restrittiva e non riesce a tener conto di quella che è la naturale evoluzione storica del pensiero giuridico romano. Infatti, se si ammette che le finzioni estendevano la disciplina propria di una fattispecie ad un'altra fattispecie che non era stata prevista, non si può prescindere dall'adattare, tramite un meccanismo puramente logico, quale la *fictio*, la fattispecie non contemplata a quella astratta prevista dal legislatore dando per presupposto qualcosa che in verità non si è verificato e che, sul piano della realtà, non esiste. Inoltre, quando si sceglie di accomunare ad una fattispecie già disciplinata una fattispecie non ancora regolata dal legislatore, la differenza tra le due sotto il profilo fattuale non è molta o, quantomeno, non si reputa così rilevante da impedire di instaurare una somiglianza. Si deve, infine, tenere conto del fatto che, al tempo di Gaio, l'ordinamento giuridico romano era già piuttosto complesso, perché alla formazione del diritto concorrevano ormai *leges, senatus consulta, responsa prudentium, edicta e constitutiones principum*, con la conseguenza che era necessario coordinare tra loro tali fonti del diritto. Tutti questi elementi, sembrano concorrere, e spiegare, come mai la *fictio* venisse tradotta da Gaio stesso nei termini di una equiparazione o assimilazione.

Alla luce di tali riflessioni, sembra che sia la finzione ad essere cambiata e ad atteggiarsi in un modo diverso sia da quelle processuali sia da quella della *lex*

³¹⁴ Sul punto cfr. cap. I, § 1 nt. 1, nonché § 1 di questo capitolo e la bibliografia ivi indicata.

³¹⁵ Cfr. E. BIANCHI, *Ancora qualche riflessione su Gai. 3. 56* cit., p. 151.

Cornelia. Queste ultime finzioni, infatti, risalendo ad un periodo in cui il pensiero giuridico romano era ancora in evoluzione, influirono notevolmente nella formazione e nella creazione del diritto oggettivo; mentre, la *fiction* della *lex Iunia*, essendo attribuibile ad un periodo di stratificazione normativa, svela un'operazione che appare più simile a quella di coordinamento tra norme piuttosto che di innovazione dell'ordinamento giuridico.

Proprio perché è la *fiction* che conduce ad (e si traduce in) un'assimilazione, il giurista nei § 23 ss. del libro I, dopo aver riconosciuto l'equiparazione dei *latini Iuniani* ai *latini coloniarii*, si preoccupa di evidenziare le eventuali differenze del regime giuridico degli uni e degli altri introdotte dalla *lex Iunia* riguardo alla capacità di disporre e di ricevere per testamento, nonché di essere titolari della *patria potestas* sui figli (in Gai.1. 66). Se tale equiparazione non vi fosse stata, Gaio non avrebbe sentito la necessità di chiarire quei punti rispetto ai quali il regime dei *latini Iuniani* si distanziava per volontà legislativa da quello dei *latini coloniarii*³¹⁶. Sembrerebbe, quindi, che già al tempo di Gaio la finzione – quantomeno nella concezione del giurista - si concretasse in uno strumento attraverso il quale si ottenesse, a livello normativo, un'assimilazione o in un'equiparazione o, meglio, quello che in definitiva era un coordinamento tra norme.

Tale interpretazione potrebbe trovare una conferma in quella che secondo alcuni autori sarebbe un'altra *fiction* deducibile da Gai. 3. 56³¹⁷. Il giurista, infatti, a chiusura del § 56 afferma che chi propose la *lex Iunia* - essendo consapevole del fatto che a causa di quella finzione, i beni dei *latini*, alla loro morte, non sarebbero spettati ai patroni - ritenne necessario stabilire che i loro beni spettassero ai manomissori come se la legge non fosse stata emanata (...*ac si lex lata non esset*). In questo modo, afferma Gaio, i beni dei *latini* spettarono ai patroni, in un certo senso, a titolo di peculio. In pratica si ripristinava, dal punto di vista sostanziale, il diritto di patronato: i beni, dopo la morte, spettavano al manomissore, ai suoi figli

³¹⁶ Sulla diversa condizione giuridica dei *latini Iuniani* e dei *latini coloniarii*, cfr. U. LAFFI, *Rec. Mancini*, in *SDHI*, 66, 2000, p. 463.

³¹⁷ Cfr. tra tutti M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre lo verdaderos limites de la ficción en derecho romano* cit., p. 317; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 377; M. A. LIGIOS, *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani* cit., p. 291.

o ai suoi eredi, come viene specificato in Gai. 3. 57-71, oppure, in mancanza di successori del patrono, diventavano *bona caduca* destinati ad aumentare il patrimonio dell'erario (Gai. 3. 62).

Il perché la disciplina della *lex Iunia* - nel riconoscere la libertà e la latinità ai liberti manomessi *inter amicos* - avesse fatto un passo indietro, scegliendo di attribuire alla loro morte i beni ai manomissori, è plausibilmente quello di evitare che il beneficio concesso dalla *lex* stessa si trasformi in ciò che venne percepito come un'ingiustizia. Perciò, questa seconda *fictio*, consistente nel considerare la *lex* come se non fosse stata emanata, spiegava come mai si tornava ad un regime che dal punto di vista sostanziale era uguale a quello precedente.

Nel suo ultimo studio sul tema, Bianchi afferma di non credere che in questo caso ci si trovi di fronte ad una *fictio* perché, se così fosse, si tratterebbe di una finzione autoreferenziale in quanto la legge giungerebbe a negare la propria stessa esistenza³¹⁸. In verità però, non è corretto dire che non si trattasse di una finzione, quanto, piuttosto, che è la finzione ad essere utilizzata da Gaio per spiegare ai suoi studenti la scelta del legislatore di attribuire alla morte dei *latini Iuniani* i loro beni ai manomissori. La finzione, quindi, non era autoreferenziale, perché in verità non è plausibile che si trovasse nel testo della *lex Iunia*, ma fu utilizzata dal giurista per spiegare come avvenisse l'attribuzione dei beni ai manomissori: *...ac si lex lata non esset*; nel senso che con riguardo a tale aspetto, vigeva il regime giuridico precedente, come se la *lex Iunia* non fosse stata emanata. Pertanto, anche se quest'ultima *fictio* non è da credere che fosse contenuta nel testo della *lex*, conserva la sua importanza perché dà contezza di come il procedimento logico sotteso alla finzione, avesse condizionato l'attività di *interpretatio* della giurisprudenza classica.

³¹⁸ Cfr. E. BIANCHI, *Ancora qualche riflessione su Gai. 3. 56* cit., p. 164, il quale sembra cambiare opinione rispetto a quanto detto nel suo precedente lavoro (ID. *Fictio iuris* cit., p. 377), affermando che «se la finzione... consisteva nel disporre che “*lex lata non esset*”, la conseguenza logica avrebbe dovuto realizzarsi esattamente nel *ius peculii*: questi *Latini Iuniani* avrebbero, infatti, continuato a trovarsi – quanto alla destinazione, alla morte, dei loro beni – in situazione identica a quella precedente alla legge, quando i *bona eorum* costituivano un mero peculio»; ed E. NICOSIA, «*Moriuntur ut servi?*» *Un aspetto rilevante della condizione giuridica dei latini Iuniani*, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, p. 1831 ss., la quale giustamente evidenzia che l'espressione *quodmodo iure peculii* non starebbe ad indicare che i beni sono dovuti ai manomissori a titolo di peculio, ma che gli sono dovuti sulla base di un titolo giustificativo diverso.

III.5 Segue. La *lex Aelia Sentia*.

La seconda legge intervenuta in età augustea a disciplinare le manomissioni, è la *lex Aelia Sentia*, emanata nel tentativo di porre un freno al fenomeno via via sempre crescente delle manomissioni e di tutelare l'interesse economico del proprietario. Con tale *lex* infatti si stabilirono una molteplicità di limitazioni, tra cui quella riguardante l'età: di almeno vent'anni per il *dominus* che intendesse manomettere il *servus*, e di minimo trent'anni per il liberto. Soltanto se questi limiti fossero stati rispettati, lo schiavo avrebbe potuto acquisire la cittadinanza romana³¹⁹. I manomessi in violazione di tale divieto, non diventavano *cives* romani, bensì *latini Iuniani*.

La *lex Aelia Sentia* inoltre stabilì che gli schiavi che erano stati incatenati dai proprietari come pena per un delitto, o che erano stati, per lo stesso motivo, marchiati o sottoposti a tortura, così come quelli che erano stati destinati ai combattimenti fra gladiatori o contro le bestie feroci, nonché quelli che erano stati incarcerati e che venivano poi manomessi dallo stesso *dominus* o da un terzo, diventavano *peregrini dediticii*; nel senso che acquisivano la stessa condizione giuridica di coloro che avevano combattuto con le armi contro il popolo romano e che - dopo essere stati sconfitti - si erano arresi. Ciò, a prescindere dalla forma di *manumissio* scelta dal *dominus* o da un terzo, nonché dall'età del *servus*³²⁰. Se, però, lo schiavo non fosse incorso in alcuna di queste penalità, che erano considerate cause di *turpitudō*, diveniva, a seconda dei casi, *civis* oppure *latinus*³²¹.

³¹⁹ Purché il *manumissor* fosse stato il *dominus ex iure Quiritium* (e non semplicemente colui che aveva l'*in bonis habere*) e lo schiavo fosse stato manomesso in una delle forme di *manumissio iure civili* riconosciute; cfr. Gai. 1. 17: *Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, latinus erit.*

³²⁰ Cfr. Gai. 1. 13-15: *Lege itaque Aelia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis poenae nomine victi sint, quibusve stigmata inscripta sint, de quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve coniecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, eiusdem condicionis liberi fiant, cuius condicionis sunt peregrini dediticii. 14. Vocatur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt deinde victi se dederunt. 15. Huius ergo turpitudinis servos quocumque modo et cuiuscumque aetatis manumissos, etsi pleno iure dominorum fuerint, numquam aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus, sed omni modo dediticiorum numero constitui intellegemus.*

³²¹ Cfr. Gai. 1. 16: *Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum modo civem Romanum modo latinum fieri dicemus.*

A seguito di tale intervento legislativo, quindi, si venne a creare un *triplex libertorum genus*: era cioè possibile distinguere i liberti che erano diventati cittadini romani, i liberti *latini Iuniani* e, infine, i liberti che avevano lo *status* di *dediticii*³²². Conseguentemente, si pose il problema di disciplinare il regime successorio di questi ultimi - perché essendo assimilati ai *peregrini dediticii*, di regola non avrebbero potuto avere come successori dei *cives romani*³²³ - come si deduce dai seguenti passi:

Gai. 3. 74-76: *Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi civium Romanorum libertorum, modo quasi latinorum ad patronos pertinent. 75. Nam eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. Non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec inmerito: nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciundi ius concedere. 76. Eorum vero bona qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si latini decessissent. Nec me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse.*

Gaio afferma che i beni dei *liberti dediticii* spettano - dopo la loro morte - a coloro che li avevano manomessi; e ciò sulla base della *lex Aelia Sentia*. Tale *successio* avveniva, a volte come se i beni dei *dediticii* fossero quelli dei liberti cittadini romani, altre volte, come se fossero quelli dei liberti *latini*: infatti, i beni di coloro che sarebbero diventati *cives romani* in seguito alla manomissione, ‘*si in aliquo vitio non essent*’ (se non vi fosse stato qualche vizio) venivano attribuiti ai patroni in virtù di tale *lex*, come se fossero stati cittadini romani; mentre, i beni di coloro che sarebbero divenuti *latini*, se non fosse intervenuto qualche vizio, venivano attribuiti ai manomissori come se fossero morti *latini*. È bene sottolineare

³²² Cfr. I. 1. 5. 3: *Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat: nam qui manumittebantur, modo maiorem et iustam libertatem consequantur et fiebant cives Romani, modo minorem et Latini ex lege Iunia Norbana fiebant, modo inferiorem et fiebant ex lege Aelia Sentia dediticiorum numero...*

³²³ Cfr. sul punto P. VOICI, *Diritto ereditario romano* cit., I, p. 398.

che il riferimento ai *latini*, va inteso come rivolto a quella categoria di liberti che erano stati resi tali dalla *lex Iunia*: i *latini Iuniani*³²⁴.

La finzione è dunque duplice, perché la *lex Aelia Sentia* ha stabilito che i beni dei liberti *dediticii* alla loro morte spettino ai patroni come se fossero quelli dei cittadini romani (*quasi civium Romanorum*) oppure come se fossero quelli dei *latini* (*ac si latini decessissent*).

Sembra che tali *fictiones*, ancora più chiaramente delle precedenti, testimonino la necessità di coordinare le norme relative al sistema successorio dei liberti. È evidente, infatti, che le *fictiones*, in questo caso, erano funzionali a consentire una successione – quella dei *liberti dediticii* – che, altrimenti, non sarebbe stata possibile. Ciò è reso ancora più palese da quanto afferma il giurista nella seconda parte del § 75: i liberti che, in assenza di vizio, fossero diventati cittadini romani, non avevano, su approvazione dei più (*plerisque*), la capacità testamentaria, perché sarebbe apparso incredibile se il legislatore avesse attribuito la capacità di testare a soggetti di una tale infima condizione; nonché da quanto detto in chiusura del passo 76, in cui Gaio - dopo aver affermato che i beni dei liberti sarebbero spettati ai patroni come se fossero morti *latini* – sottolinea come il legislatore, riguardo a tale profilo, non avesse espresso sufficientemente la propria volontà.

Proprio in ragione di tali passi, che plausibilmente sottintendono, Dos Santos Justo ha sostenuto che le *fictiones* non erano, in verità, contenute nel testo della legge, ma erano più che altro dovute all'attività interpretativa dei *iuris prudentes* volta ad integrare le lacune della *lex Aelia Sentia*³²⁵.

Senonché, ciò che induce a credere che l'artificio della *fictio* fosse realmente contenuto in tale *lex*, è il *Fragmentum Berolinense incerti auctoris de iudiciis*:

1. 2: ...*Sed cum lege de bonis rebusque eorum hominum ita ius dicere iudicium reddere praetor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, videamus, ne verius sit quod quidam senserunt et de universis bonis et de singulis...*

³²⁴ Ciò avvalorata la tesi secondo cui la *lex Iunia* sarebbe antecedente e non successiva alla *lex Aelia Sentia*, perché le finzioni di quest'ultima legge presuppongono la latinità dei liberti; cfr. sul punto M. A. LIGIOS, *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. 3. 74-76 cit.*, p. 298.

³²⁵ Cfr. A. DOS SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no dereito romano cit.*, p. 113.

Il frammento - benché non è mancato chi abbia ritenuto che non riguardasse la *lex Aelia Sentia*³²⁶ - per la maggior parte della romanistica riporta uno stralcio di tale *lex*, perché contiene un riferimento espresso alla categoria dei *dediticii*, che non sarebbe facilmente spiegabile se non lo si intendesse rivolto ai c.d. *dediticii Aeliani*³²⁷.

È infatti altamente probabile che l'inciso '*si dediticiorum numero facti non essent*' sia la *fictio* originariamente presente nel testo della legge. Ma come si coordina tale finzione con quelle riportate nei passi gaiani?

Secondo Bianchi, dal frammento si desume che «la legge, del tutto verosimilmente, doveva limitarsi ad ordinare al pretore di inserire nell'editto i mezzi tecnici perché i beni dei *dediticii* spettassero ai loro patroni al verificarsi di certe condizioni»; anche se «è tuttavia improbabile che il tenore della legge fosse precisamente questo. Va, infatti, evidenziato che era stata la medesima *lex Aelia Sentia* a disporre l'equiparazione con i *peregrini dediticii* degli schiavi che venivano affrancati trovandosi in condizioni di *turpitudō*'. Conseguentemente nell'espressione "*dediticiorum numero*" sembra doversi ravvisare una costruzione della giurisprudenza piuttosto che un'espressione tecnico-legislativa»³²⁸. L'autore conclude ritenendo più plausibile che «l'ordine conferito dalla *lex* al pretore, consistesse nell'imporgli di considerare, contro il vero, gli schiavi affrancati come se essi non avessero subito i medesimi '*vitia*' a causa dei quali erano stati equiparati ai *peregrini dediticii* anziché diventare, a seconda dei casi, *cives Romani o Latini*»³²⁹.

A parere di Ligios, invece, se il testo del *Frag. Berol.* 1. 2 contenesse davvero uno stralcio della *lex Aelia Sentia*, bisognerebbe indagare se tale legge si sia

³²⁶ Si tratta di E. HÖLDER, *Zur Frage vom gegenseitigen Verhältnisse der lex Aelia Sentia und Iunia Norbana*, in ZSS, 19, 1885, 205 ss., il quale non ritiene che il frammento riporti una delle disposizioni della *lex Aelia Sentia*, bensì della *lex Iunia Norbana*. Tale posizione, però, è rimasta pressoché isolata in dottrina.

³²⁷ Cfr. sul punto l'analisi di L. CANTARELLI, *Il Frammento Berlinese de dediticiis*, in BIDR, VII, 1894, p. 27 ss.; M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre lo verdaderos límites de la ficción en derecho romano* cit., p. 327; F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 34 nt. 65.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 393 s.; M. A. LIGIOS, *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. 3. 74-76* cit., p. 295 s.

³²⁸ E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 397.

³²⁹ E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 398.

limitata a disporre la *fictio* ‘ *si dediticiorum numero facti non essent* ’, oppure se abbia anche previsto le due finzioni riportate da Gai. 3. 75 ss.; se si seguisse la prima ipotesi, le *fictiones* riportate dal giurista non sarebbero che una diretta conseguenza della finzione legislativa e «presupporrebbero verosimilmente un lavoro interpretativo sul testo della legge»³³⁰.

Se ci si basa sulla testimonianza del *Fragmentum Berolinense* , e si concorda nel ritenere che questo riporti effettivamente uno stralcio della *lex Aelia Sentia* , si deve necessariamente riconoscere che la *lex* contemplasse quell’unica *fictio* ‘ *si dediticiorum numero facti non essent* ’ che, a ben guardare, fosse sufficiente – di per sé - a ripristinare lo *status* che i liberti avrebbero avuto se non fossero rientrati nella categoria dei *dediticii* per essere incorsi in un *vitium* durante il periodo di schiavitù. Tale condizione poteva risolversi o nell’acquisizione della cittadinanza romana o nell’acquisizione della latinità. Sulla base di questo ragionamento, le *fictiones* dei §§ 75-76 sarebbero il risultato del procedimento logico seguito dalla giurisprudenza per dare applicazione alla volontà della *lex Aelia Sentia* .

Inoltre, è fuor di dubbio che il pretore, in sede processuale, dovesse approntare degli strumenti adeguati a rendere applicabile la disciplina della *lex Aelia Sentia* . A tal proposito, si potrebbe ipotizzare che egli si servisse di una *fictio libertatis* o, addirittura, di una *fictio latinitatis* , anche se tali riflessioni rimangono delle semplici supposizioni, non supportate, peraltro, da alcun dato esegetico; e si è già avuto modo di sottolineare come procedere alla ricerca di *fictiones* attraverso un procedimento logico deduttivo è un’operazione che conduce inevitabilmente ad estendere a dismisura il novero delle finzioni processuali³³¹.

Ciò che si evince, invero, con una certa chiarezza, è che il diritto andava via via stratificandosi ed evolvendosi, e che la *fictio* era lo strumento atto a connettere le diverse discipline e a conferire una certa unitarietà al diritto esistente. Il dualismo tra *ius civile* e *lex* in questa fase di evoluzione del pensiero giuridico romano sembra essere più sfumato, e la principale preoccupazione del legislatore

³³⁰ Cfr. M. A. LIGIOS, *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. 3. 74-76 cit.* , p. 297, la quale, inoltre, evidenzia come la tecnica della *fictio* venga impiegata sia nella *lex Aelia Sentia* sia nella *lex Iunia* allo stesso fine: per assicurare che alla morte dei liberti i loro *bona* ritornino ai manomissori.

³³¹ Cfr. *supra* , § 4, cap. II.

(e della giurisprudenza) sembra essere quella di coordinare tra loro le norme esistenti in materia successoria.

III.6 Le finzioni della *lex Gallia Cisalpina*.

Diversa appare la funzione delle *fictiones* della *lex Gallia Cisalpina* - denominata anche *lex Rubria*, e, perciò, anche *lex Rubria de Gallia Cisalpina*³³² - generalmente ricondotta al I secolo a.C. e, più precisamente, agli anni che vanno dal 49 a.C., anno in cui è stata estesa la cittadinanza romana agli abitanti della Gallia Cisalpina, al 42 o 41 a.C., periodo in cui tale provincia è stata incorporata all'Italia, entrando così a far parte di Roma³³³. I confini del territorio romano, quindi, in quegli anni, si estesero notevolmente fino a comprendere il territorio tra le Alpi e la Sicilia; conseguentemente, la *lex de Gallia Cisalpina* costituisce un'importante testimonianza, perché è una delle poche fonti che consente di ricostruire come si svolgevano in età tardorepubblicana i processi dinanzi alla magistratura locale dei *duoviri* e dei *quattuorviri*, nonché di comprendere quali

³³² Cfr. P. LEPORE, *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina* (Milano 2010) p. 84, il quale giustamente evidenzia come l'epigrafe riporti il frammento di quella *lex* che, in verità, era più correttamente un *plebiscitum*. La denominazione *lex Rubria* deriva presumibilmente dal nome del magistrato rogante, come evidenziato da U. LAFFI, *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum*, 64, 1986, p. 7 s. e ID., *Studi di storia romana e di diritto* (Roma 2001) p. 243 s., ove l'autore mette in luce come non si trattasse di una *lex data*, come ritenuto da Mommsen, bensì di una *lex rogata*. Sulla distinzione tra *leges datae* e *rogatae* cfr. T. MOMMSEN, *Le droit public romain 1817-1903* (Parigi 1985) IV, I, p. 353 ss., il quale ritiene che le *leges rogatae* siano quelle derivanti dall'accordo tra il magistrato e il popolo (o la plebe), mentre le *leges datae*, erano emanate dal solo magistrato, tra le quali un esempio tipico è quello degli statuti concessi ai *municipia* o alle *coloniae*. Per una diversa interpretazione, invece, cfr. G. TIBILETTI, *Sulle leges romane*, in *Studi in onore di P. De Francisci* (Milano 1956) IV, p. 593 ss., che nella sua indagine dimostra come non si possa distinguere in maniera netta una categoria di *leges datae* in contrapposizione alle *leges rogatae* poiché, in definitiva, gli statuti locali potevano anche essere *leges rogatae*.

³³³ Per questi profili cfr. G. LONGO, alla voce «*Lex Rubria de Gallia Cisalpina*», in *NNDI* (Torino 1957) 9, p. 819; G. BRUNAZZI, *Aspetti paleografici e linguistici della «Lex Rubria de Gallia Cisalpina»*, in *Archivio storico per le province parmensi* (Parma 1991) p. 453 e 457, il quale dall'esame paleografico delle lettere deduce che l'epigrafe è testimonianza di un ambito municipale e periferico del I secolo a.C., distante dalle novità culturali della capitale e, inoltre, che, trattandosi di una *lex* valida per tutta la provincia, il documento che la conteneva fu prima redatto ed esposto a Roma e, solo successivamente, inviato, su fogli papiracei o *tabulae ceratae*, in provincia, dove è stato inciso su bronzo, al fine di «unire non solo militarmente o politicamente, ma anche giuridicamente l'Italia». Infine, per una datazione più precisa, cfr. F. SERRAO, *La «iurisdictio» del pretore peregrino* cit., p. 91, secondo cui l'obiettivo della *lex* era quello di «regolare la giurisdizione municipale della Gallia Cisalpina», e U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* (Roma 2001) p. 244 s.

poteri erano ad essa attribuiti³³⁴, e di far cogliere all'interprete, da un lato, come il meccanismo della finzione avesse raggiunto un'estensione amplissima, da parametrare all'espansione territoriale romana e, dall'altro, in che modo la stessa espansione territoriale potesse influire sulla sua funzione.

L'intero documento epigrafico attraverso il quale ci è pervenuto il contenuto della *lex*, riporta cinque *capita*³³⁵, ma quelli nei quali sono contenute delle finzioni sono il XX, il XI e il XXII, che ci sono pervenuti quasi interamente. Più nello specifico, il *caput* XX sembra prevedere la concessione magistratuale di un'*actio ficticia* per far fronte all'ipotesi del *damnum infectum*:

XX: 7. *qua de re quisque et a quo in Gallia Cisalpeina damnei infectei/ ex formula restipularei satisue accipere uolet, et ab eo quei/ ibei i(us) d(e)icet postulatuerit, idque non k(alumniae) k(aussa) se facere iurauerit, tum is, quo/ d(e) e(a) r(e) in ius aditum erit, eum, quei in ius eductus erit, d(e) e(a) r(e) ex formu-/la repromittere et, sei satis darei debebit, satis dare iubeto de-/*

12. *cernito. quei eorum ita non repromeisserit aut non satis dede-/rit, sei quid interim damni datum factumue ex ea re aut ob e(am) r(em) eo-/ue nomine erit, quam ob rem, utei damnei infectei repromissio/ satisue datio fieri<t>, postulatum erit, tum mag(istratus) proue mag(istratu) Iiur/*

16. *IIIiur praefec(tus)ue, quoquomque d(e) e(a) r(e) in ius aditum erit, d(e) e(a) r(e) ita ius/ deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito, proinde atque sei/ d(e) e(a) r(e), quom ita postulatum esset, damn[ei] infectei ex formula/ recte repromissum satisue datum esset. d(e) [e(a) r(e)] quod ita iudicium/*

20. *datum iudicareue iussum iudicatumue erit, ius ratumque esto,/ dum in ea uerba, sei damnei infectei repromissum non erit, iudi-/cium det itaque iudicare iubeat: 'i(udex) e(sto). s(ei), ant<e>quam id iudicium/ q(ua) d(e) r(e) a(gitur) factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine, q(ua) d(e)/*

24. *r(e) a(gitur), eam stipulationem quam is quei Romae inter peregrei-/nos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio reipromeississet:/ tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) opor-/t<e>ret ex f(ide) b(ona) d(um)t(axat) (sestertium) vvv, e(ius) i(udex) Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto Iiur(ei)/*

³³⁴ Sulle competenze della magistratura collegiale locale dei *duoviri* e dei *quattuorviri* alla luce della testimonianza della *lex de Gallia Cisalpina*, cfr. l'indagine di G. NEGRI, *Le istituzioni giuridiche*, in *Storia di Piacenza* (Piacenza 1990) I, p. 295 ss. e la bibliografia ivi indicata.

³³⁵ Dei cinque *capita* della *lex*, il primo (il XIX), e l'ultimo (il XXIII), risultano gravemente compromessi; ciò che si riesce a ricavare è che il *caput* XIX riguarda le modalità di attuazione del provvedimento pretorio di *operis novi nuntiatio*, mentre il *caput* XXIII, è relativo all'esercizio dell'*actio familiae erciscundae* dinanzi al magistrato locale. Per la ricostruzione del testo della legge cfr. il lavoro di M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes* (Londra 1996) I, p. 461 ss. Sul contenuto generale della *lex*, invece, G. MAININO, *Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina* (Milano 2012) p. 23 ss.

28. *IIIuir(ei) praefec(tei)ue Mutinensis, quod eius <is> IIuir IIIuir praefec(tus)-/ue ex lege Rubria, seiue id pl(ebei){ue} sc(itum) est, decreuerit, Q. Licinius eo/ nomine qua d(e) r(e) a(gitur) L. Seio damnei infectei repromittere no- /luit, c(ondemnato); s(ei) n(on) p(arret), a(bsoluito)'; aut sei damnei infectei satis datum non erit,/*

32. *in ea uerba iudicium det: 'i(udex) e(sto). s(ei), antequam id iudicium q(ua) d(e) r(e) a(gitur)/ <f>actum est, Q. Licinius damnei inf<e>ctei eo nomine, q(ua) d(e) r(e) a(gitur), ea/ stipulatione quam is quei Romae inter peregrinos ius deicit/ in albo propositam habet, L. Seio satis dedisset: tum q(uic)q(uid) eum/*

36. *Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oporteret ex f(ide) b(ona) d(um)t(axat) <(sestertium) vac>./ e(ius) i(udex) Q. Liciniu<m> L. Seio, sei ex decreto IIuir(ei) IIIuir(ei) praef(ecti)ue Muti-/nensis, quod eius is IIuir IIIuir praefec(tus) ex lege Rubria, sei-/ue id pl(ebei){ue} sc(itum) est, decreuerit, Q. Licinius eo nomine q(ua) d(e) r(e) a(gitur)/*

40. *L. Seio damnei infectei satis dare noluit, c(ondemnato); s(ei) n(on) p(arret), a(bsoluito)'; dum IIuir/ IIIuir i(ure) d(eicundo) praefec(tus)ue d(e) e(a) r(e) ius ita deicat curetue, utei ea no-/mina et municipium colonia locus in eo iudicio, quod ex ieis/ quae proxsume s(cripta) s(unt) accipie{n}tur, includ<a>ntur concipiantur,/*

44. *quae includei concipei s(ine) d(olo) m(alo) oporteret debe<re>tue, ne quid/ ei quei d(e) e(a) r(e) aget petetue captionei ob e(am) r(em) aut eo nomine esse/ possit; neiuue ea nomina, qua<e> in earum qua formula quae s(upra)/ s(cripta) <est> s(unt), aut Mutina<m> in eo iudicio includei concipei curet, nise<i>/*

48. *iei, quos inter id iudicium accipietur leisue contestabitur,/ ieis nominibus fuerint, quae in earum qua formula <quae> s(upra) s(cripta) est <s(unt)>./ et nisei sei Mutinae ea res agetur; neiuue quis mag(istratus) prouue mag(istratu),/ neiuue quis, pro quo imperio potestateue erit, intercedito nei-/ue quid aliud facito, quo minus d(e) e(a) r(e) ita iudicium detur/*

Per comprendere la portata della *fictio* che si rintraccia nel testo, occorre tener presente che il proprietario di un fondo che avesse fondato timore che dal fondo vicino potesse derivargli un danno (nella maggior parte delle ipotesi la possibile causa del danno era un edificio pericolante), a Roma, poteva rivolgersi al *praetor*, al fine di ottenere che, in virtù del suo potere di *imperium*, questi imponesse al vicino di prestare una *cautio*, con cui assumeva l'impegno di risarcire il *damnum*, nell'eventualità che si fosse realmente verificato. Se egli, però, si rifiutava di prestare la *cautio*, il pretore emanava dapprima un decreto di *missio in possessionem*, con cui autorizzava il minacciato ad introdursi nel fondo del vicino; secondariamente - se questi continuava a rifiutare di adempiere al *iussum cavendi* - una nuova *missio in possessionem (ex secundo decreto)*, ancora più invasiva della

prima: con essa, infatti, da un lato, si autorizzava il proprietario minacciato ad estromettere il suo vicino dal fondo, e, dall'altro, gli si consentiva di immettersi nel pieno possesso dell'immobile³³⁶. Se - nonostante tutto - il proprietario del fondo dal quale derivava la minaccia, continuava ad ostacolare la *missio in possessionem*, a quale strumento di tutela avrebbe potuto ricorrere il proprietario minacciato che avesse adito il pretore?

Un indizio sembra che possa intuirsi da:

D. 39. 2. 7 pr. (Ulp. 53 *ad ed.*): *Praetor ait: ... in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.*

Dal frammento, infatti, parrebbe desumersi – seppur con una certa cautela - che qualora il vicino si fosse opposto al *iussum caveri*, e avesse impedito la presa di possesso dell'immobile, il pretore avrebbe comunque concesso un'altra azione al proprietario minacciato, al fine di fargli conseguire, in ogni caso, il risarcimento del danno: un'*actio ficticia ex stipulatu*, ossia un'azione basata sulla finzione che la *cautio* fosse stata prestata³³⁷. Sebbene il frammento di Ulpiano possa non apparire pienamente probante dell'esistenza a Roma di un'*actio ficticia* che venisse concessa come *extrema ratio* sin dal tempo della *lex Gallia Cisalpina*, perché la notizia ci è pervenuta attraverso una fonte risalente ad un periodo di molto successivo a quello della *lex*, l'indizio circa l'uso di un'azione nella cui *intentio* formulare sembra che fosse manifestamente espresso il meccanismo finzionistico dell'avvenuta *stipulatio*, trova una conferma, seppur con riferimento ai poteri dei magistrati locali, nel *caput XX* della *lex de Gallia Cisalpina*, il quale testimonia come, in provincia, colui che temeva che dal fondo vicino potesse derivargli un

³³⁶ Si ricorda che la posizione del possessore era, a sua volta, tutelata dagli interdetti possessori e poteva portare – dopo un biennio – all'acquisto della proprietà per usucapione.

³³⁷ L'intuizione circa la concessione di un'*actio ficticia ex stipulatu* a Roma da parte del pretore appartiene a U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* cit., p. 273 nt. 69, il quale a sostegno della sua tesi adduce ulteriori frammenti: D. 39. 2. 15. 36 (Ulp. 53 *ad ed.*) *Si quis ex hoc edicto a praetore in possessionem missus non est admissus, in factum actione uti poterit, ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset: extenditur enim actio in id tempus, quo damnum committitur*; e D. 43. 4. 4. 2 (Ulp. 69 *ad ed.*); *Praetor in eum, qui neque cavit neque possidere passus est eum qui missus est, iudicium pollicetur in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat.*

danno, aveva facoltà di rivolgersi al magistrato municipale per chiedere (previa in *ius vocatio* del vicino, e dopo aver giurato di non agire *calumniae causa*) che venisse imposta al convenuto la prestazione di una *cautio*. Il magistrato locale, a sua volta, poteva ordinare o la prestazione di una *repromissio* oppure quella di una *satisdatio*, a seconda che fosse stato richiesto o meno l'intervento di garanti; qualora, però, il proprietario non avesse adempiuto all'ordine di assumere l'impegno di corrispondere l'eventuale risarcimento con la *stipulatio* - e se il danno si fosse ormai verificato - l'organo magistratuale avrebbe concesso al richiedente l'*actio ficticia ex stipulatu*, come si deduce con chiarezza dalle ll. 21 ss.

L'*actio ficticia* accordata dal magistrato municipale doveva essere, pertanto, la stessa che veniva concessa dal pretore a Roma, come induce a credere il rinvio che i *verba* della *formula* approntata dalla *lex* rivolgono alla *stipulatio* prevista dall'editto³³⁸; anche in questo caso, l'azione fittizia consentiva all'attore di agire per il risarcimento del danno sulla base del falso presupposto che la *cautio damni infecti* fosse stata prestata. Più precisamente, secondo Bianchi, l'oggetto della

³³⁸ Invero il rinvio operato dalla legge stessa era rivolto all'editto del *praetor peregrinus* e non, invece, a quello del *praetor urbanus*, come ci si sarebbe aspettati, dal momento che la *lex* risale ad un periodo in cui agli abitanti della Gallia Cisalpina era già stata estesa la cittadinanza romana. Ciò ha indotto F. SERRAO, *La «iurisdictio» del pretore peregrino* (Milano 1954) p. 87 s., a ritenere che competente a risolvere le controversie insorte tra gli abitanti della Gallia Cisalpina fosse il *praetor peregrinus*, il quale, quindi, a Roma, ai tempi di tale *lex*, concedeva già l'*actio ficticia ex stipulatu*. *Contra* L. DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., p. 164 s., il quale ritiene che il rinvio operato dalla *lex* alla *stipulatio* contemplata dall'editto del pretore peregrino non costituisca una prova sufficiente a dimostrare che l'*actio ficticia* fosse già stata approntata a Roma, perché - secondo l'autore - al tempo della *lex Gallia Cisalpina* una tale azione fittizia non era ancora utilizzata dal pretore come mezzo coercitivo di tutela contro il rifiuto di assumere l'impegno al risarcimento del danno tramite *stipulatio*, in quanto, a quel tempo è probabile che la *cautio* venisse prestata volontariamente dalle parti a Roma, essendo ancora in vigore la *legis actio damni infecti*: cfr. Gai. 4. 31. Tuttavia, da un lato, la *legis actio damni infecti*, al tempo della *lex Gallia Cisalpina*, stava già per scomparire, in favore dell'uso sempre più frequente alla *cautio*, dall'altro, se si ammette che a quel tempo era in facoltà delle parti scegliere di ricorrere al *lege agere* o all'*agere per formulas*, si deve riconoscere la possibilità del pretore, una volta che il processo fosse stato avviato nelle forme dell'*agere per formulas*, di concedere l'*actio ficticia ex stipulatu*. Inoltre, a ben guardare, le riflessioni dell'autore si scontrano con il fatto che la *lex Gallia Cisalpina* fu originariamente predisposta a Roma e, da qui, inviata in provincia (vd. *supra* nt. 334); e, anche a voler negare la risalente introduzione di tale *actio ficticia* a Roma, le riflessioni di Di Lella scaturiscono da un'errata impostazione che si è tentato di confutare nel cap. I di questo lavoro. Infine, anche se si considerassero superate tali obiezioni, rimarrebbe valido l'indizio offerto dal frammento ulpiano D. 39. 2. 7 pr. (Ulp. 53 *ad ed.*) che, sebbene sia di molto successivo alla data di entrata in vigore della *lex*, costituisce comunque una testimonianza di come l'*actio ficticia ex stipulatu* venisse di fatto accordata a Roma. Sul perché il rinvio della *lex Gallia Cisalpina* fosse all'editto del *praetor peregrinus* e non di quello *urbanus*, cfr., invece, G. I. LUZZATTO, *Premesse alla cognitio extra ordinem* (Bologna 1965) p. 330, il quale afferma che una giustificazione potrebbe trovarsi nel fatto che la Gallia Cisalpina, a quel tempo, poteva non essere ancora una provincia, a prescindere dall'estensione ai suoi abitanti della cittadinanza romana.

finzione era in sostanza duplice, perché poteva consistere nel considerare avvenuto alternativamente l'atto negoziale della *repromissio* o della *satisfatio*, in entrambi i quali poteva concretarsi la *cautio damni infecti*³³⁹.

Il *caput XX* della *lex*, sembra quindi riproporre per i magistrati locali la stessa disciplina che era applicata a Roma dal pretore, sebbene non si faccia alcun riferimento alla possibilità di disporre una *missio in possessionem*, come forma di tutela primaria, nel caso in cui vi fosse stato il rifiuto di adempiere all'ordine pretorio di impegnarsi con una *stipulatio* (o *satisfatio*). A tale apparente irregolarità, Negri tenta di dare una risposta evidenziando come la legge Gallia Cisalpina presenti l'organo magistratuale come dotato del solo potere di *iurisdictio*, e non anche di quello di *imperium* spettante al *praetor*. Secondo l'autore, tale *lex* non avrebbe dato ai magistrati locali facoltà di ordinare una *missio in possessionem* poiché questo provvedimento era un atto *magis imperii quam iurisdictionis* che rimaneva loro estraneo³⁴⁰. I magistrati locali, inoltre, di regola, non avrebbero potuto nemmeno concedere *actiones ficticiae* - che, come si è avuto modo di constatare, sembra più probabile che discendessero dal potere di *imperium*, piuttosto che da quello di *iurisdictio* - ma questa specifica facoltà gli veniva attribuita direttamente dalla *lex Gallia Cisalpina* che tra le proprie disposizioni sanciva tale competenza espressamente³⁴¹.

Se si seguisse l'interpretazione di Negri, lo strumento della *fictio*, in questa ipotesi, sarebbe funzionale a sopperire alla carenza del potere di *imperium* dei

³³⁹ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 406 s.

³⁴⁰ Cfr. G. NEGRI, *Le istituzioni giuridiche* cit., p. 305 s., il quale, nello spiegare il concetto tecnico di *iurisdictio*, sottolinea che «la legge qualifica il magistrato municipale come *qui ibi iure dicundo praerit*, colui cioè... che è ivi (vale a dire in Gallia cisalpina) preposto all'attività giurisdizionale, che si concreta appunto nel potere di *dare iudicium*, cioè di dare la formula processuale adatta alla controversia che si svolge nel tribunale di sua competenza, in altri termini di autorizzare il processo in base a tale formula; e di *iudicium dare iudicare iubere*, di investire cioè il giudice scelto dalle parti del potere di giudicare e di imporgli di emanare la sentenza in base a questo potere». Nello stesso senso sembrano orientate le riflessioni di E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 404 s. Le fonti che testimoniano la carenza, per i magistrati provinciali, del potere di *imperium* sono: D. 2. 1. 4 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis*; D. 50. 1. 26 (Paul. 1 *ad ed.*): *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa*; nonché D. 39. 2. 1 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit*.

³⁴¹ Cfr. G. NEGRI, *Le istituzioni giuridiche* cit., p. 308.

magistrati locali e, quindi, rappresenterebbe l'unica forma di tutela che consentiva ai magistrati locali di approntare in caso di mancata prestazione della *cautio damni infecti*³⁴².

Tuttavia, la questione relativa al possesso o meno del potere di *imperium* da parte dei magistrati municipali è piuttosto controversa poiché, a ben guardare, la stessa *lex Gallia Cisalpina* attesta che essi compivano atti rientranti tra quelli *magis imperii quam iurisdictionis*³⁴³; si pensi, ad esempio, al fatto che all'inizio del *caput XX* si riconosca al magistrato locale il *iussum cavendi*, cui la concessione dell'*actio ficticia* appariva in alternativa, di fatto, connessa. Si può, quindi ipotizzare che in origine i magistrati locali esercitavano un potere più ampio, che solo in prosieguo di tempo venne meno; ciò spiegherebbe anche come mai il contenuto di tale *lex* sembri in verità contraddire le notizie pervenuteci attraverso i *Digesta*³⁴⁴.

Alla luce di tali riflessioni, sembra che attraverso la finzione della *cautio damni infecti*, l'organo giurisdizionale adito non sopperisse all'impossibilità di disporre una *missio in possessionem*, bensì amministrasse la giustizia nelle province servendosi di un rimedio più agile e immediato che consentisse, sin da subito, di aggirare il problema del rifiuto del convenuto di assumere l'impegno di corrispondere il risarcimento qualora il danno si fosse verificato. Attraverso il rimedio dell'*actio ficticia*, infatti, il richiedente agiva direttamente in giudizio, e otteneva il risarcimento del danno derivatogli dal fondo del vicino³⁴⁵.

Tale *actio ficticia ex stipulatu*, a ben guardare, ricorda l'*actio ficticia pignoris capionis*, perché entrambe contenevano la finzione di un atto giuridico: negoziale (la *stipulatio*) nel primo caso, e processuale (la *pignoris capio*) nel secondo caso.

³⁴² Sembra seguire tale orientamento E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 405, secondo cui la finzione avrebbe la funzione di evitare che un abitante della Gallia Cisalpina acceda ad una tutela inferiore a quella di chiunque si trovasse a Roma.

³⁴³ Per i un riepilogo del dibattito dottrinario sul punto, cfr. M. M. L. G. ROCCA, *I magistrati municipali e l'imperium* in *Diritto e Storia*, 6, 2007, p. 1 ss.

³⁴⁴ Sulle fonti che testimoniano una carenza del potere di *imperium* da parte dei magistrati locali, vd. *supra* nt. 341. Per un approfondimento sui poteri dei magistrati locali ai tempi della *lex Gallia Cisalpina*, cfr. U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* cit., p. 267 s.; e M. M. L. G. ROCCA, *I magistrati municipali e l'imperium* cit., p. 13.

³⁴⁵ Cfr. le considerazioni di U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* cit., p. 267 ss. Si è già avuto modo di verificare come potesse essere questa in concreto la funzione dell'*actio ficticia*: cfr. *supra*, § 1, cap. II.

Attraverso l'inserimento di tale finzione nella formula, inoltre, esse miravano ad ottenere una somma di denaro che costituiva, a sua volta, il risarcimento del danno oppure il pagamento del *vectigal*. Sembrerebbe, quindi, che la finalità di entrambe le azioni fosse quella di offrire un rimedio più celere e diretto, che – di fatto – superasse il necessario compimento dell'atto giuridico (della *stipulatio* o della *pignoris capio*).

Particolarmente significative appaiono le successive finzioni, contenute nei *capita* XXI e XXII della stessa *lex*. Il *caput* XXI riguarda l'ipotesi in cui venga iniziato un processo attraverso l'esercizio di un'*actio certae creditae pecuniae* per il pagamento di una somma inferiore a quindicimila sesterzi³⁴⁶:

XXI: *a quoquomq(ue) pecunia certa credita, signata forma p(ublica) p(opulei) R(omanei), in eorum quo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura)/ f(oro) u(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ue, quae sunt eruntue in Gallia Cisalpeina, petetur, quae res non/*

4. *pluris (sestertium) (quindecim milibus) erit, sei is eam pecuniam in iure apud eum, quei ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit), ei quei/ eam petet, aut ei quouis nomine ab eo petetur, d(are) o(portere) debereue se confessus/ erit, neque id quod confessus erit soluet satisue faciet, aut se sponsione/ iudicioque utei{ue} oportebit non defendet, seiue is ibei d(e) e(a) r(e) in iure non/*

8. *responderit, neque d(e) e(a) r(e) sponsionem faciet neque iudicio utei oportebit/ se defendet: tum de eo, a quo ea pecunia petita erit, deque eo, quoi eam/ pecuniam d(arei) o(portebit), s(iremps) res lex ius caussaue o(mnibus) o(mnium) r(erum) esto atque utei esset esseue/ oporteret, sei is, quei ita confessus erit, aut d(e) e(a) r(e) non responderit aut se/*

12. *sponsione iudicioque utei oportebit non defenderit, eius pecuniae iei/ quei eam suo nomine petierit quoiue eam d(arei) o(portebit), ex iudici<bu>s dateis iudi- /careue recte iusseis iure lege damnatus esset fuisset. qu<e>ique quomque/ Iiur IIIiur praefec(tus)ue <i>bei i(ure) d(eicundo) p(raerit), is eum, quei ita quid confessus erit/*

16. *neque id soluet satisue faciet, eum<que> quei se sponsione iudicioque utei{ue}/ oportebit non defenderit aut in iure non responderit neque id soluet/ satisue faciet, t(antae) p(ecuniae), quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos am- /bigetur dumt(axat) <(sestertium) vac> (quindecim milia), s(ine) f(raude) s(ua) duci iubeto; queique eorum quem, ad quem/*

20. *ea res pertinebit, duxserit, id ei fraudi poenaeue ne esto; quodque ita fac- /tum actum iussum erit, id ius ratumque esto. quo minus in eum, quei ita/ uadimonium Romam ex decreto eius, quei ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit), non*

³⁴⁶ Tale ammonatare segnava il limite di competenza dei magistrati locali.

promisserit/ aut uindicem locupletem ita non dederit, ob e(am) r(em) iudicium recup(eratorium) is, quei/

24. *ibei i(iure) d(eicundo) p(raerit), ex h(ac) l(ege) det iudicareique d(e) e(a) r(e) ibei curet, ex h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur)./*

Nel brano vengono presi in considerazioni i diversi comportamenti al compimento dei quali colui che era chiamato in giudizio veniva, di fatto, considerato *damnatus* (ll. 4-9, 11-12 e 15-18); proprio per tale ragione Bianchi e, più di recente, Mainino hanno parlato di una *fictio damnationis*³⁴⁷.

Non è semplice, però, individuare quali fossero i comportamenti che conducevano alla *damnatio* di colui che era stato convenuto in giudizio attraverso l'esercizio di un'*actio certae creditae pecuniae*, in quanto tali fattispecie vegono ripetute ben tre volte nel testo e sempre con una formulazione diversa che, di fatto, impedisce di poter assumere una posizione netta in proposito.

Secondo Bruna, la legge distinguerebbe tre diverse ipotesi di comportamento del convenuto che avrebbero dato luogo ad una situazione equiparata alla *damnatio*: la *confessio* del debitore, il *non respondere* alle richieste del magistrato e, infine, la *non defensio*³⁴⁸.

A parere della dottrina più recente, invece, le ipotesi contemplate dalla *lex* erano in verità sostanzialmente due: l'ipotesi del convenuto che confessasse *in iure* di essere obbligato al pagamento di una determinata somma nei confronti dell'attore e, nonostante ciò, non adempisse all'obbligazione, perché non pagava, e non offriva idonea garanzia, né assumeva la difesa nel caso di successivo esercizio dell'azione esecutiva da parte dell'attore; e l'ipotesi in cui il debitore non rispondeva *in iure* e continuava a non prestare la *sponsio tertiae partis* né ad *accipere iudicium*³⁴⁹.

A prescindere da quante fossero le fattispecie enunciate dalla *lex*, la *fictio* – assimilando il *confessus* e il *non respondens in iure*, nonché *indefensus*, al

³⁴⁷ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 412, e G. MAININO, *Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina* cit., p. 54.

³⁴⁸ Cfr. F. J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina* (Leiden 1972) p. 138 ss.

³⁴⁹ Cfr. U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* cit., p. 275 s.; E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 411, nt. 553; e G. MAININO, *Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina* cit., p. 56 ss.

damnatus - rendeva possibile che l'attore esperisse contro di lui una nuova azione e che il magistrato disponesse la *ductio* del debitore³⁵⁰.

Strettamente connesso al *caput XXI*, risulta il successivo *caput XXII*, che, a differenza del precedente, riguarda l'ipotesi in cui l'attore agisca con un'azione avente un oggetto diverso dalla *pecunia certa credita*, ma avente comunque un valore inferiore ai quindicimila sesterzi:

XXII: *a quo quid praeter pecuniam certam creditam, signatam forma p(ublica) p(opulei) R(omane),/ in eorum quo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura) <f(oro)> u(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ue quae sunt eruntue in Gallia cis Alpeis,/ petetur, quodue quom eo agetur, quae res non pluris (sestertium) quindecim milibus) erit, et sei/*

28. *ea res erit, de qua re omnei pecunia ibei ius deicei iudiciaue darei ex h(ac) l(ege) <o(portet)> o(portebit),/ sei is eam rem, quae ita ab eo petetur deue ea re cum eo agetur, ei quei eam/ petet deue ea re aget, aut iei quouis nomine ab eo petetur quomue eo age-/tur in iure apud eum, quei ibei i(iure) d(eicundo) p(raerit), d(are) f(acere) p(raestare) restituereue oportere aut/*

32. *se debere, eiusue eam rem esse aut se eam habere, eamue rem de/ qua arguetur se fecisse, obligatumue se eius rei noxsiaeue esse confes-/sus erit deixseritue neque d(e) e(a) r(e) satis utei oportebit faciet aut, sei spon-/sionem fieri oportebit, sponsionem non faciet non †restituēt†,/*

36. *neque se iudicio utei oportebit defendet, aut sei d(e) e(a) r(e) in iure/ nihil responderit, neque d(e) e(a) r(e) se iudicio utei oportebit defendet:/ tum de eo a quo ea res ita petetur quomue eo d(e) e(a) r(e) ita agetur, deque/ eo, quoi eam rem d(arei) f(ierei) p(raestarei) restitui satisue d(e) <e(a)> r(e) fieri oportebit,/*

40. *s(irempe) l(ex) r(es) i(us) c(aussa)q(ue) o(mnibus) o(mnium) r(erum) e(sto), atque utei esset esseue oporteret sei is, quei ita/ quid earum rerum confessus erit aut*

³⁵⁰Sull'effettiva portata della *ductio*, cfr. U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* cit., p. 277 s.; nonché R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano* (Milano 2003) p. 202 s., il quale, aderendo alla tesi di Wlassak, afferma: «poiché il magistrato locale poteva disporre l'esecuzione personale (*ductio*) nei confronti del *damnatus*, ma non quella patrimoniale (*missio in bona*) prevista nei confronti dell'*indefensus*, in quest'ultima ipotesi il processo sarebbe stato spostato a Roma. Si sarebbe ritenuto allora, per le cause di lieve entità, di fingere la *damnatio* dell'*indefensus* per consentire all'attore di esperire l'*actio iudicati*»; nonché G. MAININO, *Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina* cit., p. 58 s., che così ritiene: «Probabilmente la *ductio* si realizzava con l'impossessamento del corpo del debitore esecutato, che avrebbe potuto liberarsi dallo stato di sostanziale prigionia in cui era caduto solo accordandosi con il creditore in ordine al soddisfacimento delle sue pretese, essendo certamente preferibile un tale accordo piuttosto che continuare a rimanere asservito al creditore precedente. Era quindi la *ductio* una misura provvisoria o una sanzione esecutiva definitiva, che veniva irrogata direttamente dal magistrato municipale dinanzi agli ostruzionistici comportamenti eventualmente tenuti dal convenuto durante la fase *in iure* di un processo di *certa credito pecunia*, non essendo concesso agli organi di giurisdizione locali di ordinare una *missio in possessionem*, in quanto atto '*magis imperii quam iurisdictionis*' e perciò escluso dal novero dei poteri spettanti alla competenza dei magistrati municipali».

d(e) e(a) r(e) non responderit neq(ue)/ se iudicio utei oportebit defenderit, de ieis rebus Romae apud pr(aetorem)/ eumue quei de ieis rebus Romae i(ure) d(eicundo) p(rae)esset in iure confessus esset,/

44. *aut ibei d(e) e(a) r(e) nihil respondisset aut iudicio se non defendisset;/ p(raetor)q(ue) isue quei d(e) e(is) r(ebus) Romae i(ure) d(eicundo) p(raerit) in eum et in heredem eius d(e) e(is) r(ebus) om-/nibus ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri/ proscreibe iue ueneireque iubeto, ac sei is heresue eius d(e) e(a) r(e) in/*

48. *iure apud eum pr(aetorem) eumue quei Romae i(ure) d(eicundo) {p.} praesse<t>, confessus es-/set aut d(e) e(a) r(e) nihil respondisse<t> neque se iudicio utei oportuis-/set defendisset; dum ne quis d(e) e(a) r(e) nisei pr(aetor) isue quei Romae i(ure) d(eicundo) p(raerit)/ eorum quouis bona possiderei proscreibe iue ueneire duceique/ eum iubeat./*

Anche da questo *caput* vengono prese in considerazione le ipotesi in cui il convenuto confessasse *in iure* senza però prestare idonee garanzie, oppure si rifiutasse di *accipere iudicium (indefensio)*, ovvero si limitasse a *non respondere in iure*; e vengono tutte assimilate all'ipotesi in cui il debitore avesse confessato e ciò grazie ad una finzione di avvenuta confessione³⁵¹.

La ragione giustificatrice che ha determinato la scelta di una *fictio* di avvenuta confessione in luogo della finzione della *damnatio*, è stata individuata da Laffi, il quale ha evidenziato come, mentre nel caso di esercizio di un'*actio certae creditae pecuniae*, la *fictio* della *damnatio* del convenuto avrebbe consentito di condannarlo al pagamento della somma dovuta, nel caso in cui l'azione esperita avesse avuto un oggetto diverso da una somma certa di denaro, per determinare la *summa condemnationis*, sarebbe occorsa una valutazione del giudice, in quanto non ci sarebbe potuti attenere esclusivamente alla somma determinata dall'attore, soprattutto nei casi in cui il debitore – pur avendo confessato – avesse negato che la somma dovuta fosse quella pretesa dall'attore³⁵².

Ma la finzione di un'avvenuta confessione non sembra essere l'unica, poiché se si prosegue nella lettura del brano, ci si accorge che il compito di *ius dicere* in tutti questi casi (sia quelli presi in considerazione nel *caput XXI*, sia quelli contemplati dal *caput XXII*) spettava al pretore, come se i comportamenti descritti avessero avuto luogo dinanzi a lui, a Roma: ... '*s(iremps) l(ex) r(es) i(us)*

³⁵¹ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 413, e R. FIORI, *Ea res agatur* cit., p. 198 ss.

³⁵² Cfr. U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* cit., p. 281.

*c(aussa)q(ue) o(mnibus) o(mnium) r(erum) e(sto)), atque utei esset*³⁵³. Più nello specifico può dirsi che secondo Bianchi con questa *fictio* si fingeva che i comportamenti compiuti o non compiuti dal convenuto dinanzi ai magistrati locali, avessero avuto luogo a Roma dinanzi al pretore: la finzione riguarderebbe «il ‘luogo’ ove sono avvenuti quei comportamenti processuali del convenuto; grazie a questa falsa supposizione, il processo, iniziato davanti al magistrato locale, può proseguire davanti al pretore senza bisogno di ripetere le attività processuali già espletate»³⁵⁴; anche se la clausola *siremps lex esto quasi*, letteralmente significa ‘valga la stessa legge’³⁵⁵; quindi, era la disciplina che si applicava dinanzi al pretore, a Roma, a dover essere applicata - dal momento della (reale o fittizia) *confessio* - dinanzi ai magistrati locali, i quali erano senz’altro competenti a decidere controversie di valore inferiore ai quindicimila sesterzi³⁵⁶. Lo scopo della finzione, dunque, era quello di estendere il regime processuale vigente a Roma, anche alla *Gallia Cisalpina*³⁵⁷. Sembra, infatti, che lo strumento della finzione avesse ormai raggiunto un’estensione applicativa tale da poter essere parametrata ai confini del territorio romano e che venisse utilizzata al fine precipuo di consentire l’amministrazione della giustizia anche in provincia.

Una conferma di tale interpretazione di può cogliere da un’altra finzione che si presenta come sostanzialmente equivalente a quella contenuta nel *caput LXXXXI* della *lex Irnitana* - destinata ad essere applicata nel municipio spagnolo Flavio Irnitano - nella parte in cui, alle ll. 4 ss. così dispone³⁵⁸:

...siremps lex resque esto adque uti esset si eam rem in urbe Roma praetor p(opuli) R(omani) inter cives Romanos iudicari iussisset.

³⁵³ Cfr. *caput XXII*, ll. 40 s. Sull’idoneità dell’espressione *siremps lex esto quasi* a nascondere una *fictio*, cfr. lo studio di A. TERRINONI, *Sulla clausola di equiparazione ‘siremps lex esto quasi’*, in *Leges Publicae. La legge nell’esperienza giuridica romana* (Pavia 2012) p. 157 ss.

³⁵⁴ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 414 s.

³⁵⁵ Cfr. A. TERRINONI, *Sulla clausola di equiparazione ‘siremps lex esto quasi’* cit., p. 160.

³⁵⁶ Sul punto cfr. U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto* cit., p. 283.

³⁵⁷ Nello stesso senso sono orientate le riflessioni di T. BEGGIO, *‘Per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones’: alcune considerazioni sull’evoluzione dei ‘iudicia legitima’ a partire dalla ‘lex Aebutia’*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, p. 101 s.

³⁵⁸ Per il testo completo della *lex* cfr. A. D’ORS - J. D’ORS, *Lex Irnitana* (Santiago de Compostela 1988) p. 13 ss., e F. LAMBERTI, *«Tabulae Irnitanae». Municipalità e «ius romanorum»* (Napoli 1993) p. 362 ss.

Anche questa finzione infatti consentiva che ai giudizi che avevano luogo ad Irni, dinanzi al magistrato municipale, si applicasse lo stesso regime giuridico che era in vigore a Roma per i giudizi davanti al pretore. Entrambe le *fictiones*, sia quella della *lex Irnitana* sia quella contenuta nel *caput XXII* della *lex Gallia Cisalpina*, perseguivano il medesimo scopo: estendere oltre i confini territoriali di Roma, la disciplina processuale applicabile in città.

Si evince, quindi, un mutamento nell'uso della *fictio* da parte del legislatore in quanto, con la sempre crescente espansione territoriale, tale espediente fu funzionale non all'introduzione di nuovi principi giuridici né al coordinamento tra norme, quanto piuttosto a consentire l'uniformità del diritto in tutto il territorio assoggettato al potere di Roma.

III.7 Le finzioni della *lex de imperio Vespasiani*.

Successive e profondamente diverse dalle *fictiones* della *lex Gallia Cisalpina*, sono le finzioni che si riscontrano all'interno della *lex de imperio Vespasiani*. Il testo della legge è contenuto in un'epigrafe pervenutaci incompleta, poiché carente della parte iniziale³⁵⁹. Sono però leggibili in maniera chiara sia la *rogatio* sia la *sanctio*:

[...] *Foedusve cum quibus volet facere liceat ita uti licuit divo Aug(usto) / Ti(berio) Iulio Caesari Aug(usto) Tiberioque Claudio Caesari Aug(usto) Germanico / utique ei senatum habere relationem facere remittere senatus / consulta per relationem discessionemque facere liceat / ita uti licuit divo Aug(usto) Ti(berio) Iulio Caesari Aug(usto) Ti(berio) Claudio Caesari / Augusto Germanico / utique cum ex voluntate auctoritateve iussu mandative eius / praesenteve eo senatus habebitur omnium rerum ius perinde / habeatur servetur ac si e lege senatus esset habereturque / utique quos magistratum potestatem imperium curationemve / cuius rei petentes senatui populoque Romano commendaverit / quibusque suffragationem suam dederit promiserit eorum / comitis quibusque extra ordinem ratio habeatur / utique ei fines pomerii proferre promovere cum ex re publica / censebit esse liceat ita uti licuit Ti(berio) Claudio Caesari Aug(usto) / Germanico / utique quaecunque ex usus rei publicae maiestate divinarum / huma(na)rum*

³⁵⁹ Non è chiaro se il testo fosse contenuto in almeno due tavole, delle quali la prima è andata dispersa: cfr. D. MANTOVANI, *Lex «regia» de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante*, in *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi. Atti del Convegno Roma, 20-22 novembre 2008*, p. 126.

publicarum privatarumque rerum esse {e} / censebit ei agere facere ius potestasque sit ita uti divo Aug(usto) / Tiberioque Iulio Caesari Aug(usto) Tiberioque Claudio Caesari / Aug(usto) Germanico fuit / utique quibus legibus plebeive scitis scriptum fuit ne divus Aug(ustus) / Tiberiusve Iulius Caesar Aug(ustus) Tiberiusve Claudius Caesar Aug(ustus) / Germanicus tenerentur iis legibus plebisque scitis Imp(erator) Caesar / Vespasianus solutus sit quaeque ex quaque lege rogatione / divum Aug(ustum) Tiberiumve Iulium Caesarem Aug(ustum) Tiberiumve / Claudium Caesarem Aug(ustum) Germanicum facere oportuit / ea omnia Imp(eratori) Caesari Vespasiano Aug(usto) facere liceat / utique quae ante hanc legem rogatam acta gesta / decreta imperata ab Imperatore Caesare Vespasiano Aug(usto) / iussu mandatuve eius a quoque sunt ea perinde iusta rataq(ue) / sint ac si populi plebisve iussu acta essent / sanctio / si quis huiusce legis ergo adversus leges rogationes plebisve scita / senatusve consulta fecit fecerit sive quod eum ex lege rogatione / plebisve scito s(enatus)ve c(onsulto) facere oportebit non fecerit huius legis / ergo id ei ne fraudi esto neve quit ob eam rem populo dare debeto / neve cui de ea re actio neve iudicatio esto neve quis de ea re apud / [s]e agi sinito.

Con tale *lex* il popolo - con una delibera adottata tra il dicembre del 69 d.C. e il gennaio del 70 d.C. – attribui a Vespasiano alcuni poteri che attenevano alla sua qualifica di *princeps*³⁶⁰.

A causa delle scarse testimonianze giunte ai nostri giorni, non è chiaro se tali poteri erano stati attribuiti a Vespasiano in via del tutto eccezionale - segnando una rottura rispetto alla storia costituzionale precedente - oppure se la legge si limitasse, in verità, a conferire gli stessi poteri che erano già stati attribuiti agli imperatori precedenti. Se si analizza il testo della *lex*, è possibile formulare alcune ipotesi e distinguere i poteri che per primo vennero conferiti a Vespasiano, da quelli che invece probabilmente spettavano anche agli imperatori precedenti. È infatti la stessa *lex* ad offrire un indizio, nella parte in cui afferma che determinati atti potevano dall'imperatore essere compiuti allo stesso modo in cui era consentito al divo Augusto, a Tiberio Giulio Cesare Augusto e a Tiberio Claudio Cesare

³⁶⁰ Che si tratti di una *lex* non sembra che possa essere messo in dubbio, dal momento che è lo stesso testo a dare contezza di ciò, sia perché alle ll. 24, 34 e 36 viene specificato che si tratta di una legge, sia perché sono chiaramente distinguibili una *rogatio* e una *sanctio*: cfr. P. LEORE, *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina* cit., p. 125 s., il quale ricorda anche come abbia avuto un largo seguito in dottrina la tesi di Mommsen, secondo cui la *lex*, in verità, conteneva le disposizioni di un precedente *senatus consultum*; nonché G. LONGO, alla voce «*Lex de imperio vespasiani*», in *NNDI* (Torino 1975) 9, p. 805.

Augusto Germanico compierli (...*ita uti licuit divo Augusto Tiberio Iulio Caesari Augusto Tiberioque Claudio Caesari Augusto Germanico*)³⁶¹.

Ai fini di questa indagine, però, le parti che rilevano sono soltanto quelle che testimoniano dei poteri che, se ci si basa solo sulla fonte pervenutaci, risultano essere esclusivi di Vespasiano. Proprio tali poteri sembra che gli fossero stati conferiti attraverso il ricorso a dei meccanismi finzionistici. Più nello specifico, la prima *fictio* si riscontra nel punto in cui la legge conferisce a Vespasiano il potere di convocare il senato:

Il. 7-9: ... *utique cum ex voluntate auctoritateve iussu mandatuve eius praesenteve eo senatus habebitur omnium rerum ius perinde habeatur servetur ac si e lege senatus esset habereturque...*

Da questa parte testuale si desume che quando il senato veniva convocato per volontà, autorità, ordine o mandato o in presenza dell'imperatore Vespasiano, le sedute senatorie dovevano essere considerate valide e di pieno diritto, come se (*perinde... ac*) fossero state convocate e si stessero tenendo regolarmente in base alla legge³⁶². La finzione in questo caso consisteva nel considerare come conforme al diritto sia la fase della convocazione, sia quella dello svolgimento delle sedute senatorie ed era funzionale, quindi, a sanare eventuali irregolarità procedimentali.

Analogamente, è possibile scorgere una seconda *fictio*, nella parte della *lex* in cui si afferma che tutto ciò che è stato compiuto o ordinato da Vespasiano o da chiunque altro dietro suo mandato, si consideri valido come se fosse stato compiuto su ordine del popolo o della plebe:

³⁶¹ Non ritiene che sia mai esistita una *lex de imperio* tratizia F. LUCREZI, *Il mito della lex de imperio Vespasiani*, in *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi. Atti del Convegno Roma, 20-22 novembre 2008*, p. 158, il quale così afferma: «la tavola di bronzo scoperta da Cola di Rienzo riguarda esclusivamente l'ascesa al trono di Vespasiano, e rappresenta, secondo ogni evidenza, il tentativo compiuto dall'entourage del nuovo vincitore di dare una forma di legalità al suo potere, che figurava come il frutto di un mero colpo di mano militare... non c'è mai arrivata infatti alcuna traccia di una legge di investitura che avrebbe suggellato l'elezione al trono degli imperatori romani, e tale assenza – trattandosi di un documento che, secondo ogni verosimiglianza, avrebbe dovuto rivestire il massimo dell'importanza e della pubblicità – non può essere sbrigativamente liquidata come mero accidente o sfortuna».

³⁶² Tale *fictio* è stata riscontrata anche da D. MANTOVANI, *Lex «regia» de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante* cit., p. 147 s., il quale osserva che la «*lex regia de imperio Vespasiani* – attraverso una finzione – dichiara valide *ex lege (Iulia)* le sedute che fossero state convocate e presiedute dal *princeps*... anche se in modi o tempi non conformi alle norme legali per tali sedute».

ll. 29 - 32: *...utique quae ante hanc legem rogatam acta gesta decreta imperata ab Imperatore Caesare Vespasiano Augusto iussu mandatuve eius a quoque sunt ea perinde iusta rataque sint ac si populi plebisve iussu acta essent...*;

tale disposizione viene dalla romanistica descritta come una clausola di retroattività o transitoria, in quanto appare volta ad attribuire validità anche agli atti o agli ordini dati da Vespasiano prima che intervenisse la stessa *lex* (... *ante hanc legem rogatam*) per conferire i poteri all'imperatore³⁶³.

In verità, però, sembra che l'obiettivo della validità retroattiva degli atti compiuti o degli ordini dati da Vespasiano, sia, anche in questo caso, ottenuto tramite il ricorso ad una finzione (introdotta da *perinde... ac*) consistente nella falsa supposizione che tutto ciò che è stato realizzato o decretato dall'imperatore – o da chiunque altro, dietro suo ordine - sia valido perché compiuto in base ad una legge o ad un plebiscito³⁶⁴.

III.8 Possibile esistenza di una *fictio* nella *lex municipalis Troesmensium*.

Particolarmente interessante ai fini di questa indagine risulta il ritrovamento che pochi anni fa e, più esattamente, nel 2013, è stato fatto di un'epigrafe contenente alcuni *capita* della *lex* del municipio di *Troesmis*, una delle province dell'Impero romano in *Moesia* inferiore, risalente al tempo in cui il potere venne esercitato congiuntamente da Marco Aurelio e da Commodo, ossia agli anni 177 e 180 d.C.³⁶⁵

Dell'epigrafe abbiamo notizia solo attraverso alcune foto che sono state commentate in varie occasioni dallo studioso Eck, il quale riporta il testo della legge, suddiviso nelle sole due tavole (A e B) che sono giunte sino ai nostri giorni³⁶⁶.

³⁶³ Cfr. sul punto P. LEPORE, *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina* cit., p. 127.

³⁶⁴ Per uno spunto, cfr. C. ANDO, *Law, language, and empire in the roman tradition* (Philadelphia 2011) p. 122.

³⁶⁵ La collocazione temporale di tale *lex municipalis* non può essere posta in dubbio, in quanto si deduce direttamente dal *caput* XXVII, ove, in chiusura, si legge: *municipi<pi>bus municipi M(arci) Aureli Antonini et L(uci) Aureli Commodi Aug(usti) Troesm(ensium)*, sul quale vedi *infra*.

³⁶⁶ Cfr. W. ECK, *La loi municipale de Troesmis: données juridiques et politiques d'une inscription récemment découverte*, in *RHDFE*, 2013, 91, p. 201 ss., in cui sono raccontate le peripezie del

Di queste, la Tavola A contiene il *caput* XI della *lex Troesmensium*, mentre la tavola B - che è quella che più interessa ai nostri fini - contiene il *caput* XXVII (nonché l'inizio del *caput* XXVIII) che da Eck è così ricostruito³⁶⁷:

TAVOLA B: *petet patri avove paterno proavove patern[o] au[t] patri, cuius in potestate est, minor <r>es si{nt} quam ut eum adlegendum numero dec(urionnum) conscriptorumve esse inve eum numer(um) legi oporteat. Eum, qui sacerdotium petet, quot minor ann(orum) XXXV est, rationem annorum habendam, quae utiq(ue) legis Iuliae de maritandis ordinibus lata<e> kap(ite) VI cauta comprehensaque sunt, quae utiq(ue) commentari, ex quo lex P(apia) P(opaea) lata est, propositi Cn(aeo) Cinna Magno Vol(eso) Val(erio) Caeso co(n)s(ulibus) III Kal(endas) Iulias kap(ite) XLVIII cauta comprehensaque sunt et confirmata legis P(apiae) P(opaeae) k(apite) XLVIII, conservanda, qui quaeq(ue) comitia habebit, curato. Qui aliter quam hac lege licebit creatus erit, is neque annu<u>s II vir neque q(uin)q(uennalis) neque aedilis neque quaestor neque sacerdos esto. Quique eorum quem scies d(olo) m(al) creaverit is singulas res s(upra) s(criptas) X (milia) n(ummum) municipi<pi>bus municipi M(arci) Aureli Antonini et L(uci) Aureli Commodi Aug(usti) Troesm(ensium) d(are) d(amnas) esto eiusque pecuniae deque ea pecunia municipi<pi>bus municipi eius, qui volet cuiusque per hac lege licebit, actio petitio persecutio esto.*

Sin da una prima lettura si apprende come all'interno del *caput* XXVII si trovasse l'indicazione dei requisiti (probabilmente censitari) che erano richiesti ai candidati per entrare a far parte dei decurioni o dei *conscripti* e che dovevano essere verificati da chi presiedeva le elezioni nel municipio di *Troesmis*; si fa inoltre riferimento al limite di età che dovevano aver superato i candidati al sacerdozio, e si rinvia al *caput* VI della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, nonché al *caput* XLVIII di un *commentarius*, che pare sia stato successivamente confermato dal *caput* XLVIII della *lex Papia Poppea*³⁶⁸.

ritrovamento: le tavole vennero messe in vendita sul sito di *eBay* nel 2015 e, successivamente, furono ritrovate a Londra da Andreas Pangerl, che le fotografò; e ID. *Die lex troesmensium: ein Stadtgesetz für ein municipium civium Romanorum*, in *ZPE*, 2016, 200, p. 565 ss., in cui vengono pubblicate le foto scattate all'epigrafe.

³⁶⁷ Cfr. W. ECK, *La loi municipale de Troesmis: données juridiques et politiques d'une inscription récemment découverte* cit., p. 204 s.; nonché il più recente studio di R. CİRİJAN, *The municipal law of Troesmis: preliminary remarks*, in *Moesica et christiana. Studies in honour of Professor Alexandru Barnea* (Brăila 2016) p. 289 ss., che segue l'esegesi di Eck.

³⁶⁸ Il rinvio alla legislazione augustea lascia perplessi: come mai una *lex* risalente agli Antonini, richiama al suo interno delle disposizioni di gran lunga anteriori? Certamente tale rinvio consente di tornare a riflettere sulla questione della struttura delle *leges Iulia de maritandis ordinibus et Papia Poppea*: se quest'ultima, integrando la prima, andasse a costituire, o meno, un unico corpo

Analizzando, però, le foto dell'epigrafe, ci si rende conto di come il lavoro di Eck possa lasciare spazio ad ulteriori modifiche: alcune imprecisioni, infatti, sono state di recente rilevate dallo studio di Platschek, il quale ha condotto uno studio filologico che conduce ad una parziale modifica del testo, nonché a delle importanti integrazioni³⁶⁹.

Sin dalla prima riga ci si riferisce al candidato, come si deduce da quel *petet*, il cui oggetto parrebbe diverso da *sacerdotium*, che invece si rintraccia nella frase successiva: *eum sacerdotium petet*, con la quale sembra che si inizi un altro periodo. Eck, al riguardo, suppone che oggetto di questo primo *petet* fosse *magistratum sacerdotiumve*; sebbene il verbo potrebbe anche avere come oggetto esclusivamente la carica magistratuale, dal momento che si parla di un candidato al *sacerdotium* appena qualche linea dopo³⁷⁰.

Nel prosieguo del brano, la coniugazione *aut* andrebbe sostituita con *avi*, dal momento che l'epigrafe riporta quella che potrebbe anche essere una T incompleta, anziché una I. Inoltre, *paterno* sarebbe più giusto che venisse sostituito con *paterni*; sostituzione che consentirebbe di comprendere meglio il successivo *minores sint. Minores*, infatti, costituirebbe – secondo Platschek - un aggettivo da raccordarsi con un soggetto femminile plurale, quale potrebbe essere, per esempio, *facultates*, nel suo significato di ricchezza o, più semplicemente, di patrimonio.

Il patrimonio minimo sembrerebbe quello dei *decuriones* e dei *conscripti*, anche se la struttura del testo, nella parte in cui afferma *...quam ut eum adlegendum numero dec(urionnum) conscriptorumve esse inve eum numer(um) legi oporteat*, appare peculiare: ci si aspetterebbe un riferimento a cosa debba essere (*esse oporteat*), per essere ammessi alla carica di decurione, ma *esse* non sembra che possa essere ricondotto con facilità a *oporteat*³⁷¹.

legislativo. Su questi temi e, in particolare, sul ruolo e sulla natura del *commentarius* che sembrerebbe sia stato successivamente confermato dalla *lex Papia Poppea*, cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta: struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C. – 138 d.C.)*, in *AUPA*, 2016, LIX, p. 55 s., e F. BONIN, *Evoluzione normativa e ratio legum. Qualche osservazione sulla legislazione matrimoniale augustea*, in *BIDR*, CXI, 2017 p. 274 ss.

³⁶⁹ Cfr. J. PLATSCHEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium*, in *TYCHE*, 2017, 32, p. 151 ss.

³⁷⁰ Cfr. J. PLATSCHEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium* cit., p. 154.

³⁷¹ Cfr. J. PLATSCHEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium* cit., p. 156.

Nelle prime linee della *lex Troesmensium* si farebbe riferimento al patrimonio minimo necessario che doveva essere posseduto da colui che aveva la potestà sul candidato: il padre, il nonno o il bisnonno paterno (*proavus avi paterni patri*); il che significherebbe che il candidato sottoposto a patria potestà doveva avere un patrimonio minimo da almeno tre generazioni e non - come sostiene Eck - da quattro generazioni (il padre del candidato, il nonno paterno, il bisnonno paterno o il capofamiglia)³⁷².

Per una maggiore chiarezza, si possono accostare le disposizioni della *lex Troesmiensum* al *caput LXXXVI* della *lex Irnitana*:

...quot minor... res sit ut quam eum in numerum decurionum conscriptorumve leg[i] esseve in eo n[u]m[er]o o[p]orteat[t],

ove si prende in considerazione l'ipotesi in cui il patrimonio (del candidato) sia inferiore a quello necessario per essere ammesso nel novero dei decurioni e dei *conscripti* o per rimanere in tale categoria; e, traendo spunto da tale passo, l'autore afferma che l'*eum adlegendum* della *lex Troesmensium* derivi, in verità, da una falsa interpretazione della *scriptura continua* di *evmadlegendum* o da un'aplografia di *ad* in *evmadadlegendum*. A tale frase fu, solo successivamente, aggiunta nella *lex Troesmensium*, accanto all'*adlectio*, la *lectio*³⁷³.

Se si ritenesse convincente tale teoria, il testo della *lex* di *Troesmis* risulterebbe essere corrotto, non solo dal punto di vista linguistico ma anche da quello contenutistico, come sostiene Platschek³⁷⁴.

Eck, infine, avrebbe erroneamente cambiato *eum* (*qui sacerdotium petet... rationem annorum habendam*) con *eius*, facendo sì che il periodo venisse erroneamente interpretato così: per colui che si propone per una candidatura ad un sacerdozio, se ha meno di trentacinque anni, è necessario che sia tenuta in considerazione l'età. A parere di Platschek, invece, è più probabile che si trattasse di *eum*, con la conseguenza che *rationem* sarebbe stato tramandato erroneamente e

³⁷² Cfr. W. ECK, *Die lex troesmensium: ein Stadtgesetz für ein municipium civium Romanorum* cit., p. 576.

³⁷³ Cfr. J. PLATSCHEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium* cit., p. 156 s.

³⁷⁴ Cfr. J. PLATSCHEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium* cit., p. 157.

habendam dovrebbe essere sostituito da *habendum*. *Haberi*, inoltre, poteva reggere due accusativi, di cui uno di questi era *eum*, mentre, l'altro doveva essere una parola precedente a *rationem*; potrebbe essere *minores*³⁷⁵, come sembra potersi intuire dall'analisi comparata di:

D. 4. 4. 2 (Ulp. 19 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Nec per liberos suos rem suam maturius a curatoribus recipiat. quod enim legibus cavetur, ut singuli anni per singulos liberos remittantur, ad honores pertinere divus Severus ait, non ad rem suam recipiendam.*

Dall'ultima parte di tale frammento, infatti, si desume che il limite minimo per l'accesso agli *honores* (ossia alle cariche pubbliche) era di venticinque anni, salva l'eventualità che si avessero dei figli; e ciò sulla base della legislazione augustea (*lex Iulia et Papia*) volta a favorire l'incremento demografico della popolazione. Ogni figlio, infatti, riduceva l'età minima per accedere alla carica pubblica di un anno.

Tuttavia, se ci si basa sul testo della *lex Troesmium*, per come ci è pervenuto, sembrerebbe che il limite di età per l'accesso al *sacerdotium* fosse di trentacinque anni (*eum, qui sacerdotium petet, quot minor ann(orum) XXXV est, rationem annorum habendam*); con la conseguenza che il tetto minimo dei venticinque anni varrebbe solo per essere eletti tra i decurioni.

Come si spiega tale discrepanza?

Secondo Platschek, non si comprende come mai per il sacerdozio occorresse un limite di età superiore a quello necessario per accedere alle cariche pubbliche, in quanto - nell'ambito dell'esperienza giuridica romana (sia del periodo repubblicano sia di quello imperiale) - non si rintraccia alcuna prova dell'esistenza di un limite di età per l'accesso al sacerdozio; limite che risulterebbe ingiustificatamente superiore a quello necessario per l'esercizio degli *honores*³⁷⁶.

³⁷⁵ Cfr. J. PLATSCHKEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmium* cit., p. 158 s.

³⁷⁶ *Contra* cfr. R. CÎRJAN, *The municipal law of Troesmis: preliminary remarks* cit., p. 296 s., il quale, basandosi sulle ricerche condotte da D. APARASCHIVEI (*Orașele Romane de la Dunărea Inferioară, secolele I e III p. Chr., Biblioteca Archeologica Moldaviae, Iasi 2010, p. 203 s.*) sull'organizzazione municipale di *Troesmis*, sottolinea come una soluzione indiretta potrebbe discendere dal fatto che i cittadini di *Troesmis* aspiravano al *sacerdotium* solo dopo aver ricoperto le cariche magistratuali e, quindi, in età matura; e riconosce che, se l'incisione del numero XXXV

Pertanto, non resterebbe che credere che la corruzione di *maiores... habendum*, in *rationem... habendam*, sia dovuta all'esistenza di una disposizione precedente a quella pervenuteci attraverso la tavola B³⁷⁷. Inoltre, ad avallare tale teoria si pone l'ultimo periodo del brano, nella parte in cui si fa riferimento alla *lex Iulia de maritandis ordinibus*, ad un *commentarius* e, infine, alla *lex Papia Poppea*. Tale rinvio deve considerarsi fatto sia per le procedure di elezione alle cariche pubbliche, sia per quelle al *sacerdotium*, probabilmente al fine precipuo di avvantaggiare gli sposati con figli.

Sulla base di tali dati, l'autore ricostruisce il testo della *lex* di *Troesmis* nel seguente modo³⁷⁸:

[...eius, qui minor annorum XXV erit, comitiis rationem non habendam (?)... ne... facultates ei ipsi, qui ---m petet, aut, si filius familias ---m] petet, patri avove paterno proavove paterni avi patri, cuius in potestate sit, minores sint... quam ut eum ad <ad?>legendum <in?> numero<-um?> decurionum conscriptorumve esse {inve eo numero legi} oporteat.

Eum qui sacerdotium petet, quot minor ann(or)um(is) {X}XXV sit, <m>a{t}io<r<em annorum </-is? XXV?> habend<u>m.

Que uti(que) legis Iuliae de maritandis ordinibus latae kap(ite) VI cauta comprehensa(que) sunt quaeq(ue) utiq(ue) commentari, ex quo lex Papia Poppea lata est, propositi Gn(aeo) Cinna Magno Vol(eso) Val(erio) <Messalla> co(n)s(ulibus) III kalendas Iulias kapite XLVIII cauta comprehensa(que) sunt et confirmata legis Papiae Poppeae kapite XLVIII, conservanda, qui quaeque comitia habebit, curato.

Se si accetta il suo lavoro filologico, si scorge una *fictio* nel punto in cui si afferma che colui il quale si candida per il sacerdozio, se è minore di venticinque anni, deve essere considerato come se fosse maggiore di venticinque anni (*eum qui sacerdotium petet, quot minor annorum XXV sit, maiores annorum XXV habendum*).

La finzione consisteva dunque, in questo caso, nel considerare - contrariamente al vero - che il candidato al *sacerdotium* fosse un *maiores XXV quinques annorum*; e, probabilmente, veniva applicata solo nel caso in cui il

fosse stata successiva - come si sospetta - essa avrebbe, comunque, confermato la specialità della disciplina in tale municipio.

³⁷⁷ Cfr. J. PLATSCHEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium* cit., p. 160 s.

³⁷⁸ Cfr. J. PLATSCHEK, *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium* cit., p. 164.

candidato fosse semplicemente sposato oppure sposato con figli, perché, solo in questo caso, si veniva di norma favoriti dalle *leges Iulia et Papia Poppea* volute da Augusto (come confermato dal frammento D. 4. 4. 2 di Ulpiano).

La tesi dell'autore appare ardita, ma apre nuovi e interessanti scenari circa l'uso della finzione in ambito legislativo al tempo di Augusto. Si tratterebbe, infatti, di una *fictio* impiegata non tanto per risolvere un problema giuridico, quanto per avvantaggiare, dal punto di vista pratico, colui che fosse semplicemente sposato, oppure sposato con figli, e che intendesse candidarsi al *sacerdotium*, pur non avendo il limite d'età necessario a tal fine. In definitiva, sembrerebbe trattarsi di un caso particolare di finzione, volta a perseguire il raggiungimento di obiettivi politici più ampi e di carattere generale.

III.9 Indagine sul mutato rapporto tra finzione e *lex* attraverso l'analisi della c.d. *petitio* di Dionysia in *p. oxy II. 237*.

Il documento, nel quale può essere intravisto un meccanismo finzionistico, è un lungo papiro (di almeno nove colonne), risalente all'anno 186 d.C. e quindi al periodo dell'imperatore Commodo. La testimonianza risulta particolarmente importante perché, da un lato, riportando un'istanza giudiziale, dà contezza di come si svolgesse il processo nella provincia romana d'Egitto; dall'altro, consente di scorgere il mutato ruolo che - ad un certo punto dell'evoluzione del pensiero giuridico romano - assunse la finzione in relazione alla *lex*³⁷⁹.

La vicenda sembra essere piuttosto complessa - anche perché rimanda al diritto locale - e riguarda la lite tra Chairemon e la figlia Dionysia (moglie di Horion), scaturita dal fatto che era stata costituita in dote una proprietà che, successivamente, è stata data in pegno ad un creditore³⁸⁰.

³⁷⁹ Per la storia del documento papiraceo e per l'analisi dell'intero testo in lingua greca e inglese, cfr. B. P. GRENFELL, A. S. HUNT, *Oxyrhynchus papyri*, (Londra 1899), II, p. 141 ss.

³⁸⁰ Cfr. R. DE RUGGIERO, *Le prime illustrazioni della «petizione di Dionysia»*, in *BIDR*, XIII, 1901, p. 61 ss. il quale presenta il documento papiraceo e tenta una ricostruzione dei profili giuridici della vicenda; nonché i più recenti studi di M. NUTI, *Le attività e le attestazioni di un prefetto d'Egitto: Lucius Munatius Felix*, in *Papyrotheke*, 1, 2010, p. 69 nt. 11 e di J. PLATSCHEK, *Nochmals zur petition der Dionysia (P. Oxy. II 237)*, in *The journal of juristic Papyrology*, 2015, XLV, p. 145 ss.

La questione giuridica non è del tutto chiara, ma pare che Chairemon, per recuperare il bene che era stato dato in pegno dalla figlia Dionysia al creditore, abbia agito in giudizio senza però risultare vincitore; ciò in quanto Dionysia era riuscita a dimostrare - attraverso le risultanze dei libri catastali - il suo diritto di proprietà.

Consequentemente Chairemon, al fine di ottenere comunque la restituzione del bene - dato in pegno da Dionysia al creditore - decise di avvalersi di un presunto potere di portare via la figlia dalla casa coniugale. È in questa fase della vicenda che si inserisce la c.d. *petitio* presentata da Dionysia al prefetto d'Egitto, Pomponius Faustianus.

Tale petizione, in verità, costituisce una sorta di memoria difensiva, volta a contrastare la pretesa paterna di sciogliere il matrimonio con Horion e di ottenere, per questa via, non soltanto la restituzione della figlia, ma anche della dote. È Dionysia stessa, nella sua *petitio*, a riportare il contenuto della precedente domanda di Chairemon:

P. Oxy. II. 237, col. VI, rr. 12-20: τάδε Χαιρήμων Φανίου γυμνασιάρχης τῆς Ὀξυρυγχειτῶν πόλεως τῆς θυγατρὸς μου Διονυσίας, ἡγεμῶν κύριε, πολλὰ εἰς ἐμὲ ἀσεβῶς καὶ παρανόμως πραξάσης κατὰ γνώμην Ὀρίωνος Ἀπίωνος ἀνδρὸς αὐτῆς, ἐπιστο- ἀνέδωκα λήν Λογγαίῳ Ῥούφῳ τῷ λαμπροτάτῳ, ἀξιῶν τότε ἂ προσήνεγκα αὐτῇ ἀνακομίσασθαι κατὰ τοὺς νόμους, οἰόμενος ἐκ τοῦ πάσασθαι αὐτὴν τῶν εἰς ἐμὲ ὕβρεων · καὶ ἔγραψεν τῷ τοῦ νομοῦ στρατῆρι ᾧ (ἔτους) κς, Παχῶν κς, ὑποτάξας τῶν ὑπ' ἐμοῦ γραφέντων τὰ ἀντίγραφα ὅπως ἐντυχῶν οἷς παρεθέμην φροντίση τὰ ἀκόλουθα πράξαι. ἐπεὶ οὖν, κύριε, ἐπιμένει τῇ αὐτῇ ἀπονοίᾳ ἐνυβρίζων μοι, τοῦ νόμου δίδόντος ἀξιῶ μοι ἐξουσίαν οὗ τὸ μέρος ὑπέταξα ἵν' εἰδῆς ἀπάγοντι αὐτὴν ἄκουσαν ἐκ τῆς τοῦ ἀνδρὸς οἰκίας μηδεμίαν μοι βίαν γείνεσθαι ὅφ' οὐτίνος τῶν τοῦ Ὀρίωνος ἢ αὐτοῦ τοῦ Ὀρίωνος συνεχῶς ἐπαγγελλομένου. ἀπὸ δὲ πλειόνων τῶ [ν] περὶ το [ύ] των πραχθέντων ὀλίγα σοι ὑπέταξα ἵν' εἰδῆς. (ἔτους) κς, Παχῶν.

In tali righe è contenuta la richiesta avanzata da parte di Chairemon, il quale - sulla base del presupposto che il comportamento della figlia è stato irrispettoso (ἀσεβῶς) e contrario alla legge (παρανόμως) per volontà del marito Horion - chiede al prefetto di essere autorizzato ad esercitare il potere, conferitogli dalla legge, di portare via la figlia dalla casa del marito (τοῦ νόμου δίδόντος μοι ἐξουσίαν... ἀπάγοντι αὐτὴν ἄκουσαν ἐκ τῆς τοῦ ἀνδρὸς οἰκίας). La legge che

Chairemon allega per darne conoscenza al prefetto, è denominata, nel prosieguo, “legge degli Egizi”:

P. Oxy. II. 237, col. VII, rr. 31-36: Ἀμμούνιος ἐπὶ παρούση Ταειχῆκει θυγατρὶ αὐτοῦ πρὸς Ἡρώνα Πεταήσιος. Ἰσίδωρος ῥήτωρ ὑπὲρ Φλαυήσιος εἶπεν, τὸν οὖν αἰτιώμενον ἀποσπάσαι βουλόμενον τ[ῆ]ν θυγατέρα αὐτοῦ συνοικοῦσαν τῷ ἀντιδίκῳ δεδικάσθαι ὑπογύως πρὸς αὐτὸν ἐπὶ τοῦ ἐ[πι]στρατήγου καὶ ὑπερτεθεῖσθαι τὴν δίκην ὑμεῖν ἵνα ἀναγνωσθῆ ὁ τῶν Αἰγυπτίω[ν νό]μος. Σεουήρου καὶ Ἡλιοδώρου ῥητόρων ἀποκρειαμένων Τειτιανὸν τὸν ἡγεμονεύσαντα ὁμοίας ὑποθέσεως ἀκούσαντα [ἐξ] Αἰγυπτιακῶν προσώπων μὴ ἠκολουθηκέναι τῇ τοῦ νόμου ἀπανθρωπία ἀλλὰ τ[ῆ] ἐπι[νοί]α τῆς παιδός, εἰ βούλεται παρὰ τ[ῷ ἀνδρὶ] μένειν, Πακώνιος Φῆλιξ ἀναγνωσθητο(*) ὁ νό[μ]ος. ἀναγνωσθέντος Πακώνιος [Φῆ]λιξ ἀνάγνωται(*) καὶ τὸν Τειτιανοῦ ὑπομ[ν]ηματισμόν. Σεουήρου ῥήτορος ἀναγν[όντος], ἐπὶ τοῦβ (ἔτους) Ἀ[δρια]νοῦ.

Il brano riporta un caso che viene addotto come ‘precedente’, con lo scopo di ottenere che la domanda di Chairemon venga respinta: la questione giuridica riguarda un altro padre che intendeva portar via la propria figlia (ἀποσπάσαι) secondo il diritto attribuitogli dalla legge degli Egizi (ὁ τῶν Αἰγυπτίων νόμος); tuttavia, il precedente prefetto Flavio Tiziano (nel 128 o 129 d.C.) non aveva seguito la disumanità della legge (τῆ τοῦ νόμου ἀπανθρωπία), bensì la decisione della figlia, che voleva continuare a vivere con il marito. Il contenuto della legge, purtroppo, non ci è pervenuto³⁸¹, ma, forse, qualche indizio possiamo trarlo da ciò che dice Dionysia sulla legge e sulla sua applicabilità:

³⁸¹ Per quanto concerne l’origine della legge degli Egizi, cfr. J. PLATSCHEK, *Nochmals zur petition der Dionysia (P. Oxy. II 237)* cit., p. 148 s., e la bibliografia ivi indicata, il quale ricorda come sia dubbio se si tratti di una legge di tradizione non greca, oppure se si tratti proprio di una legge greca. Secondo l’autore, non si può escludere che nella legge degli Egizi possa individuarsi un originario diritto demotico-egizio. A parere di V. ARANGIO-RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri* (Milano 1930) p. 80 s., invece, la teoria più convincente sarebbe quella di Bickermann, che ritiene si trattasse del nuovo diritto greco-egizio, nato dalla formazione di un nuovo popolo formato da greci ed egiziani. Nello specifico, a parere di tale autore «sotto il nome di leggi degli egiziani» correvano «in epoca romana dei massimarii preparati da funzionarii imperiali ai fini della giurisdizione, non dissimili da quell’altro massimario che serviva all’amministrazione finanziaria... Ciò torna a dire che, per quanto cercassero di seguire il più possibile le costumanze locali, i redattori del massimario erano portati quasi inavvertitamente ad interpretarle secondo la mentalità romana». Pertanto egli ne deduce che Chairemon avrebbe chiesto al prefetto d’Egitto di avvalersi di quello strumento che - con terminologia romana - è detto *interdictum de liberis exhibendis et ducendis*, che consentiva al *pater familias* di ottenere dai terzi la riconsegna dei *fili*. *Contra* J. PLATSCHEK, *Nochmals zur petition der Dionysia (P. Oxy. II 237)* cit., p. 149 s., il quale rileva che non può trattarsi di un potere riconducibile all’*interdictum de liberis exhibendis et ducendis* perché, se è vero che tale strumento può portare nel singolo caso alla separazione della

P. Oxy. II. 237, col. VII, rr. 8-13: τω[ν] παρατιθεμένων αὐτῶ, ἴν' οἷς ἐὰν προστάξῃ ἀκόλουθα γένηται[ι]. πανταχόθεν οὖν, ἡγεμῶν {ουν} κ[ύ]ριε, τοῦ πράγματος πρ[ο]δήλου γενομένου καὶ τῆς τοῦ πατρός μου πρὸς με ἐπιρρείας ἐντυγχάνω σοι καὶ νῦν πάντα παρατιθεμένη τὰ ἐν τῷ πράγματι καθὼς καὶ ὁ βασιλικὸς διαδεχόμενος καὶ τὴν στρατηγίαν ἠθέλησεν, καὶ δέομαι κελεῦσαι γραφῆναι τῇ στρατηγίᾳ τὰς τε χορηγίας ἀποδίδοσθαι μοι κατὰ καιρὸν, ἐπίσχειν τε αὐτὸν ἤδη ποτὲ ἐπειόντα μοι πρότερον μὲν ὡς ἀνόμου κατοχῆς χάριν, νῦν δὲ προφάσει νόμου οὐδὲν αὐτῷ προσήκοντος· οὐδεὶς γὰρ νόμος ἀκούσας γυναικας ἀπ' ἀνδρῶν ἀποσπᾶν ἐφείησιν, εἰ δὲ καὶ ἔστιν τις, ἀλλ' οὐ πρὸς τὰς ἐξ ἐγγράφων γάμων γεγενημένας καὶ ἐγγράφως γεγενημένας.

Ella, infatti, si rivolge al prefetto d'Egitto Pomponius Faustianus, sostenendo che il comportamento del padre nei propri confronti era vessatorio, e dichiarando di allegare tutto ciò che potesse avere rilevanza per il caso sottopostogli. Inoltre, nella petizione, viene sottolineato che nessuna legge consente di allontanare le donne dai mariti contro la loro volontà (οὐδεὶς γὰρ νόμος ἀκούσας γυναικας ἀπ' ἀνδρῶν ἀποσπᾶν ἐφείησιν) e che – anche se una tale legge lo avesse permesso – non sarebbe stata valevole né per quelle donne che discendevano da genitori sposati con un matrimonio scritto né per quelle donne che si erano sposate con un matrimonio scritto (εἰ δὲ καὶ ἔστιν τις, ἀλλ' οὐ πρὸς τὰς ἐξ ἐγγράφων γάμων γεγενημένας καὶ ἐγγράφως γεγενημένας)³⁸². Sembrerebbe, quindi, che la prima affermazione di Dionysia (nessuna legge consente di allontanare le donne dai mariti contro la loro volontà) non corrisponda a verità; altrimenti non si giustificerebbe il ricorso ad ulteriori argomentazioni volte a scongiurare il rischio che la legge che prevede il potere del padre di allontanare la figlia dalla casa coniugale, venga effettivamente applicata.

Significativa è anche un'altra argomentazione tratta da un altro caso presentato da Dionysia a sostegno della propria petizione:

figlia dal marito, tuttavia non costituisce in ogni caso un mezzo idoneo a provocare l'annullamento del matrimonio.

³⁸² Sul matrimonio scritto e non scritto cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri* cit., p. 61, il quale affronta questo tema descrivendone l'evoluzione e affermando: «relazioni di convivenza proprie dell'antico mondo egiziano vengono dapprima rielaborate secondo le categorie del pensiero giuridico greco, poi vagamente imitate per attuare i fini proprii della popolazione privilegiata e gli scopi fiscali dell'amministrazione, infine audacemente interpretate dai romani in un senso tutto nuovo e conforme al loro genio»; nonché, p. 72, ove osserva che «è solo nell'età romana che, in corrispondenza col processo di fusione delle due popolazioni in una, il matrimonio di minor diritto degli egiziani e la prima fase della convenzione matrimoniale greca si fondano in un nuovo istituto... il matrimonio non scritto (ἄγραφοι) come contrapposto del matrimonio scritto (ἐγγράφοι)».

P. Oxy. II. 237, col. VII rr. 28-29: Προβατιανὸς ὑπὲρ Ἀντωνίου προσέθηκεν, ἔαν ἀπερίλυτος ἦν ὁ γάμος, τὸν πατέρα μήτε τῆς προικὸς μηδὲ τῆς παιδὸς τῆς ἐκδεδομένης ἐξουσίας ἔχειν...

Il patrocinator Pobraziano afferma che un padre, che abbia dato la propria figlia in sposa, non ha né il diritto né l'autorità né il potere di allontanarla dalla coppia portandola via, poiché in questo caso è stato lui stesso ad acconsentire al matrimonio della figlia e, in ragione di ciò, non può più riprendersela³⁸³.

Il principio secondo cui se il padre dà in sposa la figlia non può più richiederne l'allontanamento dalla casa familiare, va necessariamente tenuto a mente se si vuole comprendere il passaggio successivo:

P. Oxy. II. 237, col. VIII rr. 2-7: μην[.]. . . . δ[.]δω[.] ἀντίγραφον προσφωγ[ήσεως νομ]ικοῦ. Οὐλπιος Δ[ι]ονυσόδ[ωρος] τῶν ἡγορανομηκῶτων νομικὸς Σαλουιστ[ίω Ἀφ]ρικανῶ ἐπάρχῳ στόλου καὶ [ἐπὶ τῶ]ν κεκριμένων τῶ τεμιω[τά]τῳ χαίρειν. Δ[ιον]υσία ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἐκδοθεῖσα [πρ]ὸς γάμον ἐν τῇ τοῦ π[α]τρὸς ἐξουσίᾳ οὐκέτι γελί/νεται. καὶ γὰρ εἰ ἡ μήτηρ αὐτῆς τῶ πατρὶ ἀγράφως συνώκησε [κ]αὶ διὰ τοῦτο αὐτῇ δοκεῖ ἐξ ἀγράφων γάμων γεγενῆσθαι, τῶι ὑπὸ τοῦ πατρὸς αὐτὴν ἐκδόσθαι πρὸς γάμον οὐκέτι ἐξ ἀγράφων γάμων ἐστίν. πρὸς τοῦτο ἴσως γράφεις, τεμιώτα[τε] καὶ δι' ὑπομνηματισμῶν ἡσφάλ[ι]σται περὶ τῆς πρ[οι]κὸς ἢ παῖς ὑπὸ τοῦ πατρὸς, καὶ τοῦτο αὐτῇ βοηθεῖν δύναται. (ἔτους) κβ θεοῦ Ἀδριανοῦ, Μεχειρ κ. ἀντίγραφον διατάγμ[α]τος.

In tali righe è contenuta l'opinione del giurista (νομικὸς) Ulpius Dionysodorus, richiamata da Dionysia a sostegno della propria tesi. Il parere del giurista – sebbene fosse riferito ad un altro caso analogo che coinvolgeva un'altra donna anch'ella di nome Dionysia e relativo ad una dote che il padre intendeva recuperare (nel 138 d.C.) – sembra contenere un meccanismo finzionistico volto ad aggirare la legge.

Più precisamente, il caso riportato riguarda la questione giuridica se la donna, discendente da un matrimonio non scritto, si trovi ancora sotto la potestà del padre

³⁸³ Si noti che secondo una costituzione di Marco Aurelio (C. 5. 17.5) il diritto di un *pater familias* di separare la figlia dal marito veniva meno in alcuni casi particolari, tra i quali quello in cui la coppia fosse in armonia e il padre l'avesse approvata sin dall'inizio. In verità, per il *ius civile*, la figlia era ancora sotto la *potestas* paterna e quindi poteva essere oggetto dell'*interdictum de liberis exhibendis item ducendis*; tuttavia dal frammento D. 42. 30. 1. 5 (Ulp. 71 *ad ed.*) deduciamo che la figlia avrebbe potuto opporsi alla pretesa paterna attraverso l'*exceptio doli*: cfr. sul punto J. PLATSCHEK, *Nochmals zur petition der Dionysia (P. Oxy. II 237) cit.*, p. 153 s.

dopo il proprio matrimonio. A tal proposito, nel brano si afferma che la donna che è stata concessa in sposa dal padre, non è più sotto il suo potere (ἐν τῇ τοῦ πατρὸς ἐξουσίᾳ). Infatti, mentre sua madre viveva con suo padre senza che il loro matrimonio fosse registrato (ἀγράφων γάμων), la figlia è stata data in sposa dal padre, sicché non è più parte di un matrimonio non scritto (οὐκέτι ἐξ ἀγράφων γάμων ἐστίν).

Da tutto ciò, lo studioso Platschek deduce che il padre, concedendo in sposa la figlia, perde l'autorità ad allontanarla dalla casa coniugale solo per un artificio logico o, per meglio dire, per un meccanismo finzionistico: in quanto per legge una figlia proveniente da genitori sposati con un matrimonio non scritto era sotto l'autorità paterna, ma - nel caso riportato nel brano - questa condizione era stata aggirata, nel senso che, il fatto di essere stata data in matrimonio dal padre, faceva sì che non appartenesse più ad una coppia non scritta³⁸⁴. In sostanza la concessione della figlia in sposa da parte del padre comporta la cessazione del potere paterno solo per un artificio logico. L'autore infatti nota che - poiché nella coppia dei genitori, in verità, non è cambiato nulla per l'aver il padre dato in sposa la figlia - è da credere che si fingesse che la figlia provenisse da un matrimonio scritto, come se per porre fine all'autorità paterna occorresse ricorrere alla modifica retroattiva della coppia dei genitori³⁸⁵.

Dionysia, dunque, a sostegno della propria petizione si avvale di diverse argomentazioni: dapprima afferma che non vi è alcuna legge che consente di allontanare le donne dai mariti contro la loro volontà e che, anche se una tale legge lo avesse permesso, essa non sarebbe stata valida per quelle donne che discendevano da un matrimonio scritto e che si erano a loro volta sposate con un matrimonio scritto (P. Oxy. II. 237, col. VII, rr. 8-13); nel prosieguito, si avvale del parere del patrocinatore Pobraziano, il quale afferma che, se un padre ha dato la figlia in sposa, non ha alcun potere su di essa; infine, si serve del parere del giurista Ulpianus Dionysodorus il quale, attraverso la finzione che la figlia data in sposa dal padre non provenga più da un matrimonio non scritto, tenta di evitare

³⁸⁴ Cfr. J. PLATSCHKEK, *Nochmals zur petition der Dionysia (P. Oxy. II 237)* cit., p. 155 ss.

³⁸⁵ Cfr. J. PLATSCHKEK, *Nochmals zur petition der Dionysia* cit., p. 156.

l'applicazione della disciplina o, per meglio dire, della legge degli Egizi, che così viene aggirata.

L'esegesi richiede ulteriori approfondimenti. Ma ciò che rileva ai nostri fini è che il giurista attraverso un artificio logico (riconducibile plausibilmente ad un meccanismo finzionistico) abbia inteso offrire un'argomentazione idonea a superare il dettato della legge. Sembra, infatti, che il passo testimoni come in concreto lo strumento della finzione abbia facilitato l'elaborazione logica e, in sostanza, la costruzione e stratificazione del diritto; ciò offrendo un valido indizio circa l'uso che si fece della finzione in provincia, nonché – cosa ancor più importante – circa l'applicazione, sempre più elaborata e complessa che si fece della finzione in concomitanza con l'affinarsi del pensiero giuridico e con l'espansione – non soltanto territoriale – bensì anche giuridica di Roma. La *fictio*, infatti, in tale periodo storico, veniva impiegata al fin precipuo di superare la legge e in sostanza di aggirarla, se non con l'intento di abrogarla definitivamente.

III.10 La *fictio* e l'analogia. Nuove prospettive di indagine sull'origine della finzione nel diritto greco.

Alla luce dell'indagine casistica condotta sin qui, si può tentare di sopperire alla carenza definitoria di Gaio, il quale nelle sue *Institutiones* si limita a descrivere l'operare concreto della finzione, senza tuttavia dare ai propri studenti una nozione di tale espediente. Tale scelta, però, non deve trarre in inganno circa la configurabilità della finzione come espediente tecnico-giuridico dotato di una propria individualità, perché, il fatto stesso che le fonti riportino l'appellativo *fictio*, pare sufficiente a testimoniare come la giurisprudenza - certamente a partire dall'epoca classica in poi – era in grado di riconoscerlo e distinguerlo da altri artifici logici o strumenti giuridici.

Dopo aver analizzato le *fictiones* processuali e legislative, infatti, si può meglio comprendere il perché la finzione venga tradizionalmente definita dalla dottrina come quello strumento che, mediante la forzatura di un dato della realtà, permette di applicare una determinata disciplina ad una fattispecie differente da quella per la quale era stata prevista. Ciò in quanto, sebbene il termine *fictio* provenga esclusivamente da fonti giurisprudenziali, la tecnica alla quale

corrisponde l'appellativo di finzione sembra essere sostanzialmente la stessa in tutti i casi che si è scelto di esaminare.

Come sottolineato da Accardi-Pasqualino, si tratta di un «espediente, un mezzo artificiale e indiretto col quale si rende possibile l'applicazione di una data norma di diritto ad un caso concreto difforme da quello che la norma regola; e tal risultato si raggiunge mediante la fittizia parificazione dei due rapporti»³⁸⁶.

Tale nozione - che risulta ampiamente condivisa perché è quella che meglio di tutte riesce a comprendere la generalità e la varietà delle *fictiones* sin qui analizzate³⁸⁷ - induce naturalmente l'interprete ad accostare il fenomeno della finzione all'istituto dell'analogia, sebbene non appaia ancora chiaro e ben definito quale sia il rapporto tra queste due tecniche: non si comprende, infatti, se si tratti di due modi di ragionare sostanzialmente affini o totalmente diversi, oppure se si tratti di strumenti in qualche modo correlati e contigui, come se l'uno sia una diretta conseguenza dell'altro.

Se si guarda alla nozione moderna di analogia – da intendersi quale istituto giuridico previsto e disciplinato dal nostro ordinamento³⁸⁸ - non si può dubitare del fatto che ci sia una sostanziale differenza con l'artificio della finzione: mentre l'analogia consiste nell'ampliare l'estensione di una certa disciplina sino a ricomprendere nel suo ambito applicativo una diversa fattispecie che appare simile a quella disciplinata, la finzione, all'inverso, mantiene ferma la disciplina e modifica la fattispecie concreta in modo tale da equipararla a quella contemplata dall'ordinamento³⁸⁹.

Se, però, si pone attenzione alla funzione, si deve riconoscere che i due strumenti appaiono sostanzialmente volti al medesimo scopo: applicare una certa

³⁸⁶ Cfr. G. ACCARDI-PASQUALINO, alla voce «*fictio iuris*», in *NDI* (Torino 1940) V, p. 1105.

³⁸⁷ Si vedano tra tutte le analoghe definizioni di V. COLACINO, alla voce «*fictio iuris*», in *NNDI* cit., p. 269 ed E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 32, il quale afferma che la finzione è la «cosciente deformazione di una fattispecie concreta cui si riconnette una conseguenza giuridica propria di altra differente fattispecie».

³⁸⁸ Cfr. art. 12, co. 2 delle preleggi, il quale così dispone: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

³⁸⁹ Cfr. G. ACCARDI-PASQUALINO, alla voce «*fictio iuris*», in *NDI* cit., p. 1104; nonché *supra* cap. I, nt. 12 e la bibliografia ivi indicata.

disciplina a casi da essa non previsti³⁹⁰. Sulla base di tale ragionamento, può concludersi che sicuramente anche la finzione scaturisce da un'operazione logica di assimilazione, che affonda le proprie radici nel pensiero speculativo greco.

Uno studio di Lloyd ha rivelato come l'analogia - da intendersi, questa volta, come strumento di argomentazione e metodo di interpretazione che raggiunge una certa maturità con Aristotele - si rintracci con chiarezza nel pensiero filosofico greco classico, poiché in questa fase storica «una gran quantità delle teorie ed interpretazioni avanzate... appartiene a uno dei due tipi logici essenziali: la caratteristica del primo tipo è che gli oggetti vengono classificati o interpretati mediante il loro rapporto con un elemento di una coppia di principi opposti, quella del secondo tipo che una cosa viene spiegata paragonandola o assimilandola a qualcos'altro»³⁹¹. Ma sostanzialmente lo stesso procedimento logico – sia pure in nuce - può ravvisarsi anche in alcuni testi pre-filosofici, nei quali si rintraccia l'instaurazione di somiglianze e paragoni che rappresentano la base del modo di argomentare per via analogica e che consentono di spiegare sia ciò che già si conosce, sia l'ignoto a partire da ciò di cui si ha esperienza³⁹².

Di questo modo di argomentare e, più in generale, di ragionare, troviamo una traccia – non soltanto in ambito letterario o filosofico – ma soprattutto nel contesto

³⁹⁰ È quanto di recente è posto in luce da A. CONDELLO, *Analogica. Il doppio legame tra diritto e analogia* (Torino 2018) p. 60 s., che così afferma: «La finzione giuridica si basa infatti su un meccanismo che permette di ragionare come-se e che per via del come contiene un principio di comparazione e di commisurazione di aspetti comuni e differenti. La finzione ricade dunque nel campo della teoria delle finzioni analogiche... essa mira, infatti, alla comparazione tra una situazione reale e una situazione non reale (finta, appunto). La comparazione tra situazione reale e situazione finta permette di collocare sullo stesso piano qualcosa che esiste nella realtà e qualcosa che non esiste e che viene costruito sia grazie all'immaginazione, sia grazie all'assimilazione». Perciò la finzione è stata definita da G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Interpretatio nell'esperienza giuridica romana* cit., p. 259, come «un particolare meccanismo di analogia».

³⁹¹ Cfr. G. E. R. LLOYD, *Polarità ed analogia. Due modi di argomentazione nel pensiero greco classico* (Napoli 1966) p. 13 s.

³⁹² Cfr. G. E. R. LLOYD, *Polarità ed analogia* cit., p. 187 ss., il quale analizza il procedimento analogico attraverso le opere di Omero in cui sono frequenti similitudini introdotte spesso da un linguaggio ricorrente ottenuto mediante l'uso di *æj* e *éj*, che si traducono in «come» e «così». Altre volte la similitudine non è introdotta attraverso tali espressioni, ma si coglie dal senso complessivo dato ai versi, dai quali si può comunque evincere come l'associazione analogica venisse usata per comprendere ciò di cui non si aveva conoscenza. Un esempio di paragone di quest'ultimo tipo può cogliersi dal modo in cui Omero nell'Iliade (3. 161 ss.) descrive il carattere dei personaggi nuovi: come accade quando Priamo chiede ad Elena di indicargli chi sono i capi achei, ed Elena indica Odisseo affermando: «Lo rassomiglio ad un ariete dallo spesso vello che va su e giù per un grande gregge di candide pecore». Ella offre così a Priamo, ossia tramite l'instaurazione di una similitudine, una visione più chiara del personaggio di Odisseo.

giuridico greco, in cui è possibile riscontrare l'instaurazione di alcune equiparazioni tra fattispecie diverse; il che, se avviene nell'ambito propriamente giuridico, ha come naturale conseguenza che la disciplina prevista per una data fattispecie venga applicata anche ad un'altra fattispecie che, sebbene non sia contemplata dalla legge, è alla prima equiparata.

Il pregio di aver individuato quali fossero tali equiparazioni nel diritto greco è attribuibile a Bertrand, il quale ha addotto alcuni esempi di quelli che possono essere qualificati come dei veri e propri meccanismi finzionistici³⁹³. Tra gli esempi più significativi si ricorda la legge di Draconte (o Dracone) sull'omicidio, tradizionalmente fatta risalire al 621-620 a.C., con la quale si stabilì che se qualcuno uccideva o era responsabile dell'omicidio di un esule, andava giudicato come chi uccideva un ateniese. Lo strumento per attuare tale assimilazione era proprio la finzione, che consisteva in questo caso nel considerare l'esule come se fosse un cittadino ateniese; ed era in virtù di essa che l'omicida soggiaceva alle stesse disposizioni previste per l'assassino di un ateniese³⁹⁴. Un altro esempio rilevante è quello del decreto di Elis, in cui, attraverso un meccanismo finzionistico, veniva instaurata una equiparazione tra chi aveva commesso un crimine politico e chi aveva compiuto un omicidio; con la conseguenza che, proprio attraverso questa modificazione fittizia della realtà, si estendeva la disciplina prevista per la punizione del crimine di sangue al crimine politico³⁹⁵.

Nella stessa ottica sanzionatoria delle finzioni di diritto greco, si pone una finzione del diritto romano che - con una certa evidenza - sembra meglio di altre rispecchiare la stessa tecnica usata dai Greci: la *fictio* della *lex Quinctia de aquaeductibus* del 9 a.C.³⁹⁶. Tale *lex*, contenente alcune disposizioni in materia di acquedotti, disponeva che chiunque avesse compiuto determinate attività (descritte in maniera puntuale, ma sostanzialmente consistenti in attività edilizie e agricole)

³⁹³ Cfr. J. M. BERTRAND, *La fiction en droit grec. La loi sur l'homicide dans une inscription de Locride*, in *RHDFE*, 79, 2000, p. 219 ss.

³⁹⁴ Per il testo della legge cfr. C. BEARZOT, *Legge di Draconte sull'omicidio*, in *Iscrizioni greche* (Roma 2017) p. 148 s.

³⁹⁵ Cfr. J. M. BERTRAND, *La fiction en droit grec cit.*, p. 223 s.

³⁹⁶ Sulla finzione della *lex Quinctia* cfr. C. ANDO, *Fact, Fiction, and Social Reality in Roman Law cit.*, p. 301, nt. 19.

nei pressi di un acquedotto, soggiaceva alla legge come se avesse distrutto o danneggiato l'acquedotto:

Il. 22 – 32: ...*Si qui [locus] circa rivus specus fornices fistulas tubulos castella lacus aquarum publicarum, quae ad urbem Romam ducuntur et ducentur, terminatus est et erit, ne quis in eo loco post hanc legem rogatam quid obponit (o) molit (o) obsaepit (o) figit (o) statuit (o) ponit (o) conlocat (o) arat (o) serit (o); neve in eum quid immittito, praeterquam rerum faciendarum reponendarum causa quod hac lege licebit oportebit. Qui adversus ea quid fecerit, adversus eum siremps lex ius causaque omnium rerum omnibusque esto, atque uti esset esseve operetet, si è adversus hanc legem rivum specum rupisset forassetve...*

Come sottolineato da Terrinoni, viene dalla legge istituita «un'equiparazione tra due reati diversi per i quali viene prevista la stessa conseguenza giuridica»³⁹⁷; ciò per mezzo della falsa supposizione che chi avesse commesso le attività vietate dalla stessa legge avesse distrutto o danneggiato l'acquedotto.

Se si avverte una somiglianza tra finzioni di diritto greco e *fictiones* romane e se è vero che la finzione è lo strumento attraverso cui si instaura a livello giuridico un'equiparazione o, più precisamente, un'assimilazione tra fattispecie diverse, allora è probabile che la finzione trovi la propria origine e giustificazione proprio in quel ragionamento per via analogica che, dapprima, è stato posto alla base delle finzioni contenute nelle leggi greche e, in seguito, è stato fatto proprio dai Romani; il che deve essere avvenuto in una fase di formazione e sviluppo del pensiero giuridico romano piuttosto risalente nel tempo³⁹⁸.

Se tale intuizione appare convincente, si impone una revisione della teoria tradizionale secondo cui le radici della finzione affonderebbero nel *ius sacrum*. Com'è noto, tale teoria ha come principale assertore Bianchi, il quale nei suoi lavori intende dimostrare che la finzione scaturisce da alcuni meccanismi

³⁹⁷ Cfr. A. TERRINONI, *Sulla clausola di equiparazione 'siremps lex esto quasi'* cit., P. 171.

³⁹⁸ La plausibilità di tale affermazione è avvalorata dal fatto che C. ANDO, *Law, language and empire in the roman tradition* cit., p. 119 s., ha individuato una *fictio* nella *lex Latina Tabulae Bentinae* del 150-100 a.C., nelle ll. 12-13: ...*eique omnium rerum siremps lexs esto quaei is haace lege pequniam, quae supra scripta est, exigeret*. La legge impone dei doveri ai giudici o senatori, e sanziona i casi di inadempienza attraverso due vie: l'imposizione di una multa di importo stabilito dalla legge e l'instaurazione di un processo dinanzi al pretore, a conclusione del quale il magistrato poteva esigere il pagamento di una multa di ammontare diverso da quello stabilito dalla legge. Le ll. 12-13 stabiliscono che il magistrato, nello stabilire l'ammontare della multa da irrogare, segua esattamente gli stessi criteri, come se ad essere irrogata fosse una multa esigibile in base alla legge.

sostitutivi attuati dalla giurisprudenza pontificale con l'intento di placare l'ira delle divinità³⁹⁹. In particolare, l'autore scorge il nucleo essenziale della finzione nei riti celebrati per mezzo di effigi di animali o di uomini. Tali effigi, plasmate proprio dal corpo sacerdotale dei *fictores*, andavano a sostituire le vittime sacrificali durante i rituali religiosi⁴⁰⁰.

A ben guardare, però, le sostituzioni appaiono diverse dalle finzioni: le prime, infatti, come sottolineato da Bianchi stesso, consistono in sostanza in un *aliud pro alio*, ossia nella modificazione dell'offerta sacrificale (effigi in luogo di animali o di uomini in carne ed ossa); le seconde, invece, non implicano la sostituzione di una fattispecie concreta ad un'altra ma - cosa ben diversa - la distorsione fittizia di un presupposto fattuale. Inoltre, solo le finzioni comportano un ampliamento della disciplina applicabile, la quale finisce così con l'applicarsi sia alla fattispecie concreta originariamente prevista sia a quella alla quale è stata estesa attraverso la modificazione fittizia della realtà⁴⁰¹.

Tuttavia, se la differenza tra sostituzioni e finzioni legislative risulta ben chiara, è vero che lo scarto appare minore se le finzioni che si pongono a paragone delle sostituzioni proprie del *ius sacrum*, sono le *fictiones* processuali descritte da Gaio (in 4. 31 ss.), poiché ad un primo sguardo sembrerebbe che un soggetto nell'esercizio dell'azione si sostituisca ad un altro: valga come esempio il *bonorum possessor* che agendo *ficto se herede* è come se si sostituisca all'*heres*; ma, anche

³⁹⁹ Cfr. E. BIANCHI, 'In sacris simulata pro veris accipiuntur' (*Serv. Ad Aen. 2, 116*), in *Atti del III Seminario romanistico gardesano. Promosso dall'istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 22-25 ottobre 1985* (Milano 1988) p. 463 ss.; ID. *Fictio iuris* cit., p. 4 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris* cit., p. 66 ss.

⁴⁰¹ Sul punto cfr. C. ANDO, *Law, language and empire in the roman tradition* cit., p. 122 s., il quale individua alcune fonti che testimoniano l'operare di una sostituzione introdotta dalla preposizione *pro*: (Liv. 8. 23. 10-12) *...iam Publilius inter Paleopolim Neopolimque loco opportune capto diremerat hostibus societatem auxilii mutui qua, ut quisque locus premeretur, inter se usi fuerant. Itaque cum et comitorum dies instaret et Publilium imminentem hostium muris auocari ab spe capiendae in dies urbis haud e re publica esset, actum cum tribunis est ad populum ferrent ut, cum Q. Publilius Philo consulatu abisset, pro consule rem gereret quoad debellatum cum Graecis esset;* (*lex agraria*, l. 31) *...quibus colonieis seive moincipieis, seive quae pro moincipieis colonieisve;* (Cic. *Off.* 3. 47) *Male etiam qui peregrinos urbibus uti prohibent eosque exterminant, ut Pennus apud patres nostros, Papius nuper. Nam esse pro cive qui civis non sit rectum est non licere, quam legem tulerunt sapientissimi consules Crassus et Scaevola; usu vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est.* Non risulta che in questi casi, definiti dall'autore sostituzioni, si abbia una distorsione della realtà né, tanto meno, una disciplina da estendere ad un caso analogo a quello già previsto dall'ordinamento giuridico. Si tratta, in sintesi, di espedienti diversi dalla finzione, operanti anch'essi in ambito giuridico e non limitati, quindi, al diritto sacro.

in queste ipotesi, il ragionamento che ha spinto il pretore alla concessione dell'*actio ficticia* non può che essere quello condotto per via analogica; e la conseguenza giuridica è sempre l'estensione dell'azione concessa ad un altro soggetto che si viene a trovare in una situazione diversa, ma sostanzialmente equiparabile a quella prevista dal *ius civile*.

Pertanto, se non si vuole distinguere idealmente la categoria delle finzioni introdotte dal pretore da quelle scaturenti dalla legge e, conseguentemente, attribuire l'origine delle prime alle sostituzioni attuate per lo svolgimento dei sacri rituali e quella delle seconde alle equiparazioni attuate dai Greci, si deve necessariamente ricondurre la nascita della finzione ad uno soltanto dei due substrati: il *ius sacrum* o il diritto greco.

Se si sceglie di guardare la funzione della *fictio*, si è portati a concludere che essa si configurasse, in verità, come la mera esplicitazione di un ragionamento analogico reso manifesto attraverso l'uso di una terminologia costante e, in ragione di ciò, ad individuare le radici della tecnica finzionistica nell'ordinamento giuridico greco.

Bibliografia

- A. PETRUCCI G., *Corso di diritto pubblico romano* (Torino 2012)
- ACCARDI-PASQUALINO G., alla voce « *fictio iuris*», in *NDI* (Torino 1940) V
- ALBANESE B., *La successione ereditaria in diritto romano antico* (Palermo 1949)
- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) II
- AMBROSINO R., *Successio in ius – successio in locum – successio*, in *SDHI*, 1945, XI
- AMELOTTI M., *La prescrizione delle azioni in diritto romano* (Milano 1958)
- AMIRANTE L., *Ancora sulla «captivitas» e il «postliminium»*, in *Studi in onore di P. De Francisci* (Roma 1955) 1
- AMIRANTE L., *Appunti per la storia del dogma della pendenza*, in *BIDR*, 64, 1961, 109 ss.; ID. *Postliminium* in *NNDI* (Torino 1966) 13
- AMIRANTE L., *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950)
- ANDO C., *Fact, Fiction, and Social Reality in Roman Law*, in *Legal Fictions in Theory and Practice* (New York 2015)
- ANDO C., *Law, language, and empire in the roman tradition* (Philadelphia 2011)
- APARASCHIVEI D., *Orașele Romane de la Dunărea Inferioară, secolele I e III p. Chr.*, *Biblioteca Archeologica Moldaviae* (Iasi 2010)
- ARANGIO – RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano* (Napoli 1960)
- ARANGIO – RUIZ V., *La règle de droit et la loi dans l'antiquité classique*, in *Rariora* (Roma 1946)
- ARANGIO-RUIZ V., GUARINO A., *Breviarium iuris romani* (Milano 1984)
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano* (Napoli 1960)
- ARANGIO-RUIZ V., *Persone e famiglia nel diritto dei papiri* (Milano 1930)
- ARCARIA F., *Introduzione allo studio delle istituzioni di diritto romano. L'ordinamento costituzionale ed il sistema delle fonti di Roma antica* (Catania 2010)

- BALESTRI FUMAGALLI M., *Lex Iunia de manomissionibus* (Milano 1985)
- BALOGH E., *Der Urheber und das Alter der Fiktion des cornelischen Gesetzes*, in *Studi Bonfante* (Milano 1930) IV
- BARBATI S., *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del postliminium*, in *Accademia Romanistica Costantiniana* (Perugia 2014) XX
- BARTOŠEK M., *Captivus*, in *BIDR* 57-58, 1953
- BARTOŠEK M., *Il senato consulto Trebelliano*, in *Scritti in onore di Contrado Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* (Milano 1948) III
- BASSANELLI SOMMARIVA G., *Interpretatio nell'esperienza giuridica romana*, *Annali Università di Ferrara*, 2009, XXIII
- BEARZOT C., *Legge di Draconte sull'omicidio*, in *Iscrizioni greche* (Roma 2017)
- BECHMANN A., *Das ius postlimini und die lex Cornelia: ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts* (Erlagen 1872)
- BEGGIO T., *'Per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones': alcune considerazioni sull'evoluzione dei 'iudicia legitima' a partire dalla 'lex Aebutia'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III
- BERTOLINI C., *Appunti didattici di diritto romano* (Torino 1914)
- BERTOLINI C., *Appunti didattici di diritto romano* (Torino 1914)
- BERTRAND J. M., *La fiction en droit grec. La loi sur l'homicide dans une inscription de Locride*, in *RHDFE*, 79, 2000
- BIANCHI E., *'In sacris simulata pro veris accipiuntur' (Serv. Ad Aen. 2, 116)*, in *Atti del III Seminario romanistico gardesano. Promosso dall'istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 22-25 ottobre 1985* (Milano 1988)
- BIANCHI E., *Astrazioni e finzioni in tema di «personae». Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 2006, XXXVI
- BIANCHI E., *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea* (Padova 1997)
- BIANCHI E., *Le «actiones quae ad legis actionem exprimuntur» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par les romanistes»*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di A. Biscardi*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001

- BIANCHI E., *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, (Milano 2009)
- BICCARI M. L., *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione* (Torino 2017)
- BIONDI B., «*Bonorum possessio*», in *NNDI* (Torino 1957)
- BIONDI B., *Lex e ius*, in *BIDR*, 67, 1964
- BISCARDI A., *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1967)
- BISCARDI A., *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1968)
- BISCARDI A., *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulaires 'quae ad legis actionem exprimuntur'*, in *TR*, 1953, 21
- BONA F., '*Postliminium in pace*', in *SDHI*, XXI, 1955
- BONA F., *Sull' 'animus remanendi' nel postliminio*, in *SDHI*, XXVII, 1961
- BONIFACIO F., Rec. a F. SERRAO, *La «iurisdictio» del pretore peregrino* (Milano 1954), in *IURA*, 1955, VI
- BONIN F., *Evoluzione normativa e ratio legum. Qualche osservazione sulla legislazione matrimoniale augustea*, in *BIDR*, CXI, 2017
- BORTOLUCCI G., *Actio utilis* (Modena 1909)
- BOVE L., «*Imperium*», in *NNDI* (Torino 1957) VIII
- BRETONE M., *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXXI, 2001, 2
- BROGGINI G., *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?*, in *Coniectanea. Studi di diritto romano* (Milano 1966)
- BROGGINI G., *Ius et lex*, in *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller* (Basilea 1959)
- BRUNA F. J., *Lex Rubria. Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina* (Leiden 1972)
- BRUNAZZI G., *Aspetti paleografici e linguistici della «Lex Rubria de Gallia Cisalpina»*, in *Archivio storico per le province parmensi* (Parma 1991)
- BUKKLAND W. W., *Equity in Roman law* (Londra 1911)

- BUONGIORNO P., *Senatus consulta: struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C. – 138 d.C.)*, in *AUPA*, 2016, LIX
- BURCHARDI G. C., *Die Lehre von deriedereinsetzung in den vorigen Stand* (Göttingen 1831)
- BURDESE A., *Di un particolare caso di applicazione della restitutio in integrum*, in *Festschrift Schulz* (Weimar 1951)
- CANNATA C. A., *Introduzione ad una rilettura di Gai. 4. 30-33*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* (Napoli 1984), IV
- CANNATA C. A., *La posizione della lex nella sistematica delle fonti romane, in Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana, a cura di J.-L. Ferrary* (Pavia 2012)
- CANNATA C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano* (Torino 1982) II
- CANTARELLI L., *Il Frammento Berlinese de dediticiis*, in *BIDR*, VII, 1894
- CAPOZZA M. T., *Un ricordo di Antonio Guarino: a proposito della nuova edizione di Collatio bonorum. Con una nota di lettura di Vincenzo Giuffrè. Nel centesimo genetliaco dell'Autore. Antiqua, 103* (Napoli 2014), in *Archivio Giuridico*, 2015, 1
- CARDILLI R., *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, in *AUPA*, 2018, 61
- CARRELLI E. E., *L'actio Publiciana rescissoria*, in *SDHI*, 1937, III, p. 20
- CARRELLI E., *D. 4. 5. 2. 1 e la causae cognitio nella restitutio in integrum adversus capite deminutos*, in *SDHI*, 1936, 2
- CARRELLI E., *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, in *Annali Bari*, 1938, I
- CARRELLI O., *Ancora sull'origine della bonorum venditio* (Roma 1944)
- CARRELLI O., *Per un'ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in *SDHI*, 1938, 4
- CARUSI E., *L'azione Publiciana* (Roma 1889)
- CASTRO SÁENZ A., *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: bonorum possessio e in bonis habere*, in *RIDA* 2000, 47

- CERVENCA G., *Studi vari sulla restitutio in integrum* (Milano 1964)
- ČIRJAN R., *The municipal law of Troesmis: preliminary remarks*, in *Moesica et christiana. Studies in honour of Professor Alexandru Barnea* (Brăila 2016)
- COLACINO V., «*Fictio iuris*», in *NNDI* (Torino 1968) VII
- COLI U., 'Capitis deminutio', in *Scritti di diritto romano* (Milano 1973) I
- CONDELLO A., *Analogica. Il doppio legame tra diritto e analogia* (Torino 2018)
- CORBINO A., *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustiniana del danno aquiliano*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III (Milano 2007)
- CRAWFORD M. H., *Roman Statutes* (Londra 1996) I
- CRISTALDI S. A., *In tema di contratti conclusi dalle personae in mancipio (Gai. 4. 80)*, in *Iuris Antiqui Historia. An international journal in ancient law*, 2017, IX
- CUQ E., *L'édit Publicien*, in *NRH*, 1877, 1
- CUQ E., *Manuel des institutions juridiques des Romains* (Parigi 1917)
- CURSI M. F., 'Captivitas' e 'capitis deminutio'. *La posizione del 'servus hostium' tra 'ius civile' e 'ius gentium'*, in *Iuris vincula, Scritti in onore di Mario Talamanca* (Napoli 2002) II
- D'ALESSIO R., *Studii sulla capitis deminutio minima. Dodici Tavole Giurisprudenza Editto* (Napoli 2014)
- D'AMATI L., *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico* (Milano 2004)
- D'AMATI L., *Considerazioni in tema di actio utilis rescissa capitis deminutione*, in *Diritto e Storia*, 2009, VIII
- D'AMATI L., *Servitus del civis ab hostibus captus*, in *Legal Roots*, 2013
- D'IPPOLITO F., «*Tagliacarte*», in *Labeo*, 1984, 30
- D'ORS A. - D'ORS J., *Lex Irnitana* (Santiago de Compostela 1988)
- D'ORS A., *Epigrafía jurídica de la España romana* (Madrid 1953)
- DE FRANCISCI P., *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di Contrado Ferrini* (Milano 1947) I
- DE MARTINO F., *La storia dei publicani e gli scritti dei giuristi*, in *Labeo*, 1993, 39.1

- DE RUGGIERO R., *Le prime illustrazioni della «petizione di Dionysia»*, in *BIDR*, XIII, 1901
- DEL MAR M., *Introducing fictions: examples, functions, definitions and evaluations*, in *Legal fictions in theory and Practice* (New York 2015)
- DERNBURG H., *Über dei emptio bonorum* (Heidelberg 1850)
- DESSERTAUX F., *Études sur la formation historique de la capitis deminutio* (Parigi 1919) 2
- DI LELLA L., *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto* (Napoli 1984)
- DI OTTAVIO D., *Sui precedenti retorici della «querela inofficiosi testamenti» nel I sec. a. C.*, in *Index*, 2009, XXXVII
- DILIBERTO O., Rec. a Rizzelli, in *IURA*, 2017, LXV
- DOS SANTOS JUSTO A., *A «fictio iuris» no dereito romano («actio ficticia») época clássica* (Coimbra 1988)
- ECK W., *Die lex troesmensium: ein Stadtgesetz für ein municipium civium Romanorum*, in *ZPE*, 2016, 200
- ECK W., *La loi municipale de Troesmis: données juridiques et politiques d'une inscription récemment découverte*, in *RHDFE*, 2013, 91
- FABRICIUS C. F., *Bemerkungen über die hereditatis petitio, die pro herede usucapio, und das Interdictum quorum bonorum*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, 1833, 4
- FABRICIUS C. F., *Ursprung un Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören de sordo iudiciorum privatorum*, in *Historische Forschungen* (Berlino 1837)
- FABRICIUS C. F., *Ursprung und Entwicklung der Bonorum Possessio bis zum Aufhören de sordo iudiciorum privatorum* (Berlino 1837)
- FALCONE G., *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio* (Torino 2003)
- FIORI R., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano* (Milano 2003)
- FURIA C., *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'*, in *SDHI*, 1987, 53

FURIA C., *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'*, in *SDHI*, 1987, 53

GAGLIARDI L., *Decemviri e centumviri. Origini e competenze* (Milano 2002)

GALLO F., *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto e Storia*, 6, 2007

GARCÍA GARRIDO M., *Sobre lo verdaderos limites de la ficcion en derecho romano*, in *AHDE*, 1957-1958, XXVII-XXVIII

GENOVESE M., *"Qui cives Romani erant, si Siculi essent... qui Siculi, si cives Romani erant"* (*Cic. Verr. 2. 2. 12. 31*): nuovi spunti interpretativi e riflessi sulla valutazione dell'esercizio della *iurisdictio* nel corso della *praetura siciliensis di Verre*", in *Studi in onore di Remo Martini* (Milano 2009) II

GIMMERTAL T., *Die publicianische Klage und die Mancipation* (Bremen 1881)

GIOFFREDI C., *Sul 'ius postliminii', 1, La struttura dell'istituto*, in *SDHI*, 16, 1950

GIUFFRÉ V., *La substantia debitoris tra corpus e bona*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 7-10 giugno 1992* (Napoli 1994).

GRENFELL B. P., HUNT A. S., *Oxyrhynchus papyri*, (Londra 1899) II

GROSSO G., *Lezioni di storia del diritto romano* (Torino 1965)

GROSSO G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano* (Torino 1948)

GUARINO A., *«Equità»*, in *NDI* (Torino 1957) I¹

GUARINO A., *Collatio bonorum* (Roma 1937)

HACKL K., *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Biscardi* (Milano 1982) I

HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1891

HÖLDE E. R., *Zur Frage vom gegenseitigen Verhältnisse der lex Aelia Sentia und Iunia Norbana*, in *ZSS*, 19, 1885

HUSCHKE P. E., *Das Recht der publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussichtstehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch* (Frankfurt 1968)

- HUSCHKE P. E., *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen* (Leipzig 1855)
- IMPALLOMENI G., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica* (Padova 1996)
- JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Basilea 1954)
- KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, (Leipzig 1901) 2
- KELLER F. L., *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht* (Zürich 1827)
- LAFFI U., *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum*, 64, 1986
- LAFFI U., *Rec. Mancini*, in *SDHI*, 66, 2000
- LAFFI U., *Studi di storia romana e di diritto* (Roma 2001)
- LAMBERTI F., «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e «ius romanorum»* (Napoli 1993)
- LAMBERTI F., *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana* (Napoli 1996)
- LAURIA M., *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante* (Milano 1930) 2
- LEIST B. W., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar begründet von Ch. Fr. Von Glück, Büch. 37/38* (Erlangen 1879), I
- LENEL O., *Edictum Perpetuum* (Leipzig 1927)
- LEPORE P., *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina* (Milano 2010)
- LEVY E., *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, in *ZSS*, 1951, 86
- LIEBS D., *Römische Jurisprudenz in Africa. Mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 1993
- LIGIOS M. A., *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. 3. 74-76*, in *JusOnline*, 1, 2018
- LINDSDAY W. M., *Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome. Thewrewkianis copiis usus* (Lipsia 1897)

- LLOYD G. E. R., *Polarità ed analogia. Due modi di argomentazione nel pensiero greco classico* (Napoli 1966)
- LONGO C., «*bonorum possessio*», in *Enciclopedia giuridica italiana* (Milano 1911) II.1
- LONGO G., alla voce «*Lex de imperio vespasiani*», in *NNDI* (Torino 1975) 9
- LONGO G., alla voce «*lex Junia Norbana de manumissionibus*», in *NNDI* (Torino 1957) 9
- LONGO G., alla voce «*Lex Rubria de Gallia Cisalpina*», in *NNDI* (Torino 1957) 9
- LONGO S., *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias* (Milano 2003)
- LONGO S., *Naturalis obligatio e debitum servi in Gai. 3. 119a*, in *IURA*, 1995, XLVI
- LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano* (Milano 2004)
- LUCREZI F., *Il mito della lex de imperio Vespasiani*, in *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi. Atti del Convegno Roma, 20-22 novembre 2008*
- LUZZATTO G. I., «*Giurisdizione*» in *ED* (Milano 1971)
- LUZZATTO G. I., *Premesse alla cognitio extra ordinem* (Bologna 1965)
- LUZZATTO G. I., *Procedura civile romana. La genesi del processo formulare* (Bologna 1948) III
- MAGANZANI L., *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia* (Milano 2007)
- MAGANZANI L., *La sanctio e i rapporti fra leggi*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana, a cura di J.-L. Ferrary* (Pavia 2012)
- MAGANZANI L., *Pubblicani e debitori d'imposta: ricerche sul titolo edittale De publicanis* (Torino 2002)
- MAGDALAIN A., *Gaius IV et 33: naissance de la procédure formulaire*, in *TR*, 1991, LIX
- MAININO G., *Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina* (Milano 2012)
- MANFREDINI A. D., *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano* (Torino 1991)

- MANTOVANI D., *Le formulae del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano* (Padova 1999)
- MANTOVANI D., *Lex «regia» de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante*, in *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi. Atti del Convegno Roma, 20-22 novembre 2008*
- MANZO A., *«Magnum munus de iure respondendi substinebat»*. Studi su Publio Rutilio Rufo (Milano 2016)
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano* (Palermo 1989)
- MARRONE M., *Querela inofficiosi testamenti e Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in *AUPA*, 1959, XVII
- MARTINI R., *Sull'espedito processuale della fictio civitatis*, in *Studi per Giovanni Nicosia* (Milano 2007)
- MASI DORIA C., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali* (Napoli 1996)
- MASI DORIA C., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali* (Napoli 1996)
- MERCOGLIANO F., *«Actiones ficticiae»*. Tipologie e datazione (Camerino 2001)
- METRO A., *La «denegatio actionis»* (Milano 1972)
- MICELI M., *'Fictio libertatis': rilevanza dei 'debita servorum' all'interno della struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, in *Annali Seminario Giuridico* (Palermo 1998), XLV, 2
- MICELI M., *Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà*, in *Studi in onore di Antonino Metro* (Milano 2010) IV
- MICELI M., *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'* (Torino 2001)
- MOMMSEN T., *Le droit public romain 1817-1903* (Parigi 1985) IV, I
- NARDOZZA N., *'In bonis esse' e 'nudum ius Quiritium'*, in *TSDP*, 2013, VI
- NEGRI G., *Le istituzioni giuridiche*, in *Storia di Piacenza* (Piacenza 1990) 1
- NICOSIA E., *«Moriuntur ut servi»? Un aspetto rilevante della condizione giuridica dei latini Iuniani, in φιλία*. Scritti per Gennaro Franciosi, III
- NICOSIA G., *«Servus hostium» e «capitis deminutio»*, in *Index*, 39, 2011

NICOSIA G., *Dalla creazione di un secondo praetor alla autonomizzazione della iurisdictio peregrina*, in *BIDR*, 2017, CVI

NICOSIA G., *Exceptio utilis*, in *Sillogge, Scritti 1956- 1996* (Catania 1998)

NICOSIA G., *Il processo privato romano. Nascita ed evoluzione della iurisdictio* (Catania 2012)

NICOSIA G., *Institutiones. Profili di diritto privato romano* (Catania 1999)

NICOSIA G., *La distinzione tra iudicia legitima e quae imperio continentur e la sua rilevanza in ordine agli effetti estintivi*, in *Sillogge. Scritti 1956-1996* (Catania 1998)

NICOSIA G., *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* (Catania 2013)

NICOSIA G., *Prigionia di guerra e perdita della libertà nell'esperienza giuridica romana*, in *Sillogge. Scritti 1956- 1996* (Catania 1998) II

NUTI M., *Le attività e le attestazioni di un prefetto d'Egitto: Lucius Munatius Felix*, in *Papyrotheke*, 1, 2010

PALAZZOLO N., ARCARIA F., LICANDRO O., MAGGIO L., SCIUTO P., *Le fonti di produzione del diritto romano* (Catania 2002)

PASTORI F., *La definizione della bonorum possessio*, in *Studi di De Francisci* (Milano 1956) III

PLATSCHEK J., *Nochmals zur petition der Dionysia (P. Oxy. II 237)*, in *The journal of juristic Papyrology*, 2015, XLV

PLATSCHEK J., *Zur Lesung von Kap. 27 der lex Troesmensium*, in *TYCHE*, 2017, 32

PUGLIATTI S., «Finzione», in *ED* 1968, XVII

PUGLIESE G., «Azione», in *NNDI* (Torino 1966) II

PUGLIESE G., *Gai. 4, 32 e la pignoris capio*, in *Mélanges Meylan* (Lausenne 1963) I

PUGLIESE G., *Il processo civile romano. Il processo formulare* (Milano 1963) I

PUGLIESE G., *Il processo civile romano. Il processo formulare* (Milano 1963) II

PUGLIESE G., *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29-IX-1948 a cura di Guiscaro Moschetti* (Milano 1951) II

PUGLIESE G., *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei publicani e Gai. 4, 32*, in *Collatio iuris romani. Études H. Ankum* (Amsterdam 1995) 2

PULIATTI S., *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni* (Torino 2016)

PULITANÒ F., *Cicerone, in Verrem, 2, 1, 45, 115 e l'origine della bonorum possessio*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 1998)

QUADRATO R., *Hereditatis petitio possessoria* (Napoli 1972)

RATTI U., *Studi sulla 'captivitas' e alcune repliche in tema di postliminio* (Napoli 1980)

RATTI U., *Studi sulla captivitas e alcune repliche in tema di postliminio* (Napoli 1980)

RICCOBONO S., *Formulae ficticiae. A normal means of creating new law*, in *TR*, 1929

RIZZELLI G., *Modelli di "follia" nella cultura dei giuristi romani* (Lecce 2014)

ROBBE U., *La «hereditas iacet» e il significato della «hereditas» in diritto romano* (Milano 1975)

ROBBE U., *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Pugliatti* (Milano 1978), IV

ROBBE U., *La successio e la distinzione tra successio in ius e successio in locum* (Milano 1965)

ROCCA M. M. L. G., *I magistrati municipali e l'imperium* in *Diritto e Storia*, 6, 2007

RUSSO RUGGERI C., *Datio in adoptionem. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale* (Milano 1990), I

SACCONI G., *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare* (Camerino 1982)

SACCONI G., *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare* (Napoli 1982)

SANNA M. V., *Capitis deminutio e captivitas*, in *Diritto e Storia*, 6, 2007

- SAVIGNY F. C., *Über das Interdict 'quorum bonorum'*, in *Vermischte Schriften* (Berlino 1850)
- SCHERILLO G., *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in *Iura*, 1953, IV
- SCIUTO P., *Gai. 4. 37: alcune riflessioni in tema di fictio civitatis*, in *IURA*, 2017, LXV
- SEGNALINI S., *L'editto Carboniano* (Napoli 2007)
- SERRAO F., *La «iurisdictio» del pretore peregrino* (Milano 1954)
- SERRAO F., *La «iurisdictio» del pretore peregrino* (Milano 1954)
- SIRKS A. J. B., *Informal manumission and the Lex Junia*, in *RIDA*, XXVIII, 1981
- SIRKS A. J. B., *The lex Junia and the Effects of Informal Manumission and Iteration*, in *RIDA*, XXX, 1983
- SOLAZZI S., *Di qualche fastidioso «interdum»*, in *Scritti di diritto romano* (Napoli 1972) VI
- SOLAZZI S., *La pendenza dei diritti nelle fonti romane*, in *Scritti di diritto romano* (Napoli 1972) V
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012
- SOTTY R., *L'età delle «formulae ficticiae»* (Lettura di Di Lella, *Formulae ficticiae*), in *Labeo*, 1985, 31
- SOTTY R., Rec. a Di Lella, in *Iura*, 1984, XXXV
- SOTTY R., *Recerche sur les utiles actiones, La notion d'action utile en droit romain classique* (Clermont 1977)
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *Lex portus Asiae. Un nuovo documento sull'appalto delle imposte*, in *Rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica Torino 17-19 ottobre 1994* (Napoli 1996), 22
- STOLMAR R., *Actio utilis. Grundlagen, Wesen, Voraussetzungen, Anwedungen, Wirkungen. I. Die formula der actio utilis* (Sindelfingen 1992)
- TALAMANCA M., *«Il processo civile»*, in *ED*, XXXVI
- TALAMANCA M., *Elementi di diritto privato romano* (Milano 2001)

TALAMANCA M., *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure delle leggi Giulie ed Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano del III Premio romanistico "G. Boulevert" Copanello 5-8 giugno 1996* (Napoli 1996)

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990)

TERRINONI A., *Sulla clausola di equiparazione 'siremps lex esto quasi'*, in *Leges Publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana* (Pavia 2012)

THOMAS Y., «*Fictio legis*». *L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales* in *Droits*, 21, 1995

TIBILETTI G., *Sulle leges romane*, in *Studi in onore di P. De Francisci* (Milano 1956) IV

TODESCAN F., *Diritto e realtà, storia e teoria della fictio iuris* (Padova 1979)

VACCA L., *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici* (Padova 2012)

VOCI P., *Diritto ereditario romano* (Milano 1967) I

WLASSAK V., *Der judikationsbefehl der römischen Prozesse* (Wien 1921)

WOLFF H. J., *Conferenze washingtoniane del Riccobono Seminar of Roman Law in America*, in *BIDR*, 46, 1939

WOLFF H. J., *The lex Cornelia de captivis and the roman law of succession*, in *TR*, 17, 1941

INDICE DELLE FONTI

(i numeri della seconda colonna separati dal punto si riferiscono rispettivamente al numero di pagina e di nota)

I. LE FONTI GIURIDICHE

Codex Iustinianus

1. 8. 50. 1. 1	125. 280
2. 52. 7	91. 212
3. 31. 7	22. 33
5. 17. 5	178. 383
7. 6. 1. 1a	140. 304
7. 6. 1. 12a	140. 304

Collatio

10. 7. 8	72. 170
----------	---------

Digesta

1. 1. 1	123. 276
1. 1. 7	11. 13; 70. 166
1. 2. 2. 8	38
1. 8. 1. 1	24. 38
2. 1. 4	158. 340
3. 3. 27. 1	72
3. 5. 46(47). 1	72. 170
4. 1. 1	93
4. 1. 2	47. 102; 93
4. 4. 2	172
4. 5. 1	47. 102
4. 5. 2. 1	48
4. 5. 2 pr.	48. 104
4. 5. 2. 1	48; 96; 95. 216
4. 5. 2. 3	47. 103
4. 5. 2. 5	94
4. 6. 19	127. 286
5. 5. 2	21; 112; 115. 265
5. 2. 3	113
5. 2. 5	113
5. 3. 13. 10	72. 170
5. 3. 25. 18	22. 33
5. 5	25
5. 5. 1	21
5. 5. 2	21; 112; 115
6. 1. 72	116. 266
6. 2. 1. 1	35. 66

6. 2. 16	116. 266
6. 2. 17	35. 66; 116. 266
9. 2. 13 pr.	72. 170
9. 4. 19. 2	101
12. 2. 24	98
14. 1. 4. 3	102. 234
14. 3. 7. 2	103. 236
14. 3. 8	103. 236
14. 3. 11. 8	102. 235
14. 3. 12	103. 235
14. 6. 18	102. 234
15. 1. 42	51; 52; 53. 111
15. 2. 1 pr.	102. 234
16. 1. 27. 1	98. 222
17. 1. 57	116. 266
19. 1. 24. 2	100
19. 1. 31. 2	116. 266
21. 3. 2	116. 266
28. 1. 8 pr.	133. 293; 137. 300
28. 1. 12	130; 137. 300
28. 3. 6. 5	126. 285
28. 3. 6. 12	126. 285
28. 3. 15	126. 285; 132. 291
28. 6. 28	130; 137. 300
29. 1. 10	137. 300
29. 2. 60	13
32. 1 pr.	137. 300
32. 11 pr.	79.186
35. 2. 1. 1	130; 137. 300
35. 2. 1. 2. 18 pr.	125. 280
37. 1. 2	18. 25
37. 1. 3. 1	15
37. 1. 6. 1	107
37. 4. 8. 11	14
37. 4. 13 pr.	22
37. 10. 1 pr.	22. 36
37. 10. 3. 13	23
38. 1. 16 pr.	132. 292
38. 2. 4. 1	131; 137. 300
38. 2. 4. 2	129. 289
38. 6. 9	47. 102
38. 17. 2. 8	18. 25
39. 2. 1	158. 340
39. 2. 7	156; 157. 338
39. 2. 15. 36	156. 337
40. 5. 51	119. 270

42. 8. 1 pr.	95. 216
42. 30. 1. 5	178. 383
43. 2. 1 pr.	9. 9
43. 4. 4. 2	156. 337
44. 4. 4. 32	116. 266
44. 7. 35 pr.	88; 89; 91; 95. 216
44. 7. 37 pr.	72. 170
44. 7. 39	51
45. 2. 12. 1	101
46. 1. 1	100. 230
48. 23. 3	72. 170
49. 15. 4	127. 287
49. 15. 10	134
49. 15. 14. 1	127. 286
49. 15. 16	139
49. 15. 18	136
49. 15. 19 pr.	127. 287
49. 15. 22 pr.	130; 132. 292; 137. 300
50. 1. 26	85. 197; 158
50. 17. 73. 1	110. 254
50. 17. 133	98. 222

Gai Institutiones

1. 3	118. 270
1. 4	119. 270
1. 13	148. 320
1. 14	148. 320
1. 15	148. 320
1. 16	148. 321
1. 17	148. 319
1. 22	140. 304; 144
1. 23	140. 304
1. 41	141. 307
1. 44	141. 307
1. 54	34. 64
1. 55	105. 240
1. 80	140. 304
1. 93	105. 240
1. 128	125. 282
1. 129	125. 282; 128; 132. 292; 136
1. 159	47. 102
1. 160	126. 285
1. 162	53. 122
1. 167	140. 304
2. 12	24. 38

2. 14	24. 38
2. 40	34. 64
2. 41	35. 65
2. 42	32. 57
2. 43	35. 65
2. 45	35. 67
2. 97	26. 42
2. 98	26. 42
2. 110	140. 304
2. 135a	105. 240
2. 137	108
2. 197	119. 270
2. 249	79. 186
2. 251	80
2. 252	81
2. 253	81
2. 275	140. 304
3. 4	110. 254
3. 18	106. 242
3. 19	104; 109
3. 20	104; 109
3. 25	104
3. 26	104; 106. 243
3. 32	6. 3
3. 34	19. 28
3. 56	140. 304; 141; 144; 146
3. 57	140. 304
3. 62	147
3. 70	104. 304
3. 74	149
3. 75	140; 149; 152
3. 76	140; 149
3. 77	26
3. 78	26
3. 80	10. 11; 27. 43; 49. 109
3. 81	10. 11; 75
3. 84	49; 50; 53. 124; 71; 88; 93; 94; 94. 215
3. 119a	100. 230
4. 10	56
4. 29	55
4. 30	19; 56; 65. 155
4. 31	19; 56; 112. 258; 157. 338
4. 31a	56
4. 32	56
4. 33	61

4. 34	5; 26. 41; 54. 127; 75; 89; 119
4. 35	25; 89; 119
4. 36	31; 89; 92; 119
4. 37	35; 89; 119
4. 38	47; 53. 124; 70; 88; 89; 93; 94; 119
4. 45	6. 4
4. 46	6. 4
4. 47	77. 184
4. 72a	99. 223
4. 77	47. 103
4. 80	49; 49. 109; 49. 110
4. 86	27. 45
4. 107	41; 41. 87
4. 109	40. 86
4. 112	30. 55
4. 144	9. 8
4. 145	27. 44

Institutiones Iustiniani

1. 5. 3	149. 322
1. 12. 5	127. 287; 138; 139. 302
1. 16 pr.	47. 102
2. 2. 2	24. 38
2. 12. 5	127. 287; 138; 139. 302
2. 13. 4	108
3. 1. 10	108
3. 7. 4	140. 304
4. 3. 16	72. 170
4. 6. 4	33; 72. 170
4. 6. 5	88; 89; 89. 203; 90

Pauli Sententiae

1. 7. 2	47. 102
3. 4a. 8	132. 292
3. 6. 29	47. 102
4. 1. 6	79. 186
4. 5. 1	112. 259

Ulpiani Regulae

1. 10	140. 304; 141. 307
3. 3	140. 304
11. 16	140. 304
11. 19	140. 304
20. 14	140. 304
22. 3	140. 304

22. 15	110. 254
23. 5	131; 137. 300
24. 1	79. 186
28. 12	8
28. 13	15
Fragmentum Dositheanum de manumissionibus	
6. 7. 8. 12	140. 304; 141. 307
Fragmentum Berolinense incerti auctoris de iudiciis	
1. 2	150; 151
II. LE FONTI LETTERARIE	
Iliade	
3. 161 ss.	182. 392
Cicero	
<i>De Officiis</i>	
2. 12. 42	123. 276
3. 47	185. 401
<i>In Verrem</i>	
II. 1. 44. 114	12; 12. 14; 62
II. 1. 45. 117	11; 12. 14
II. 2. 12. 31	42
II. 2. 13. 32	43. 94
II. 3. 11. 27	62
<i>Pro Cluentio</i>	
28. 98	12
45. 126	31. 56
60. 165	12
<i>Pro Roscio comoedo</i>	
5. 15	41. 86
<i>Rethorica ad Herennium</i>	
2. 13. 20	123. 276
3. 3	123. 276
Boethius	
<i>Ad Ciceronis Topica</i>	
4. 18	47. 102

Gellius <i>Noctes Atticae</i> 16. 10. 8	65. 155
Livius <i>Ab urbe condita</i> 8. 23. 10-12	185. 401
III. LE FONTI EPIGRAFICHE PAPIROLOGICHE Tabula Contrebiensis l. 1-11	E 44
Lex Salpensana (FIRA I, n. 23) XXII ll. 10-11	 37
Lex Portus Asiae § 37 ll. 85-87 § 38 ll. 87 ss.	63 64
Lex Gallia Cisalpina o lex Rubria (FIRA I, n. 19) XIX XX ll. 7-48 XXI ll. 1-24 XXII ll. 23-52 XXIII ll. 51-57	154. 335 154 s. 160 162 61; 154. 335
Lex Iritana LXXXVI LXXXXXI ll. 4 ss.	171 164
Lex de imperio Vespasiani (FIRA I, n. 15) ll. 7-9 ll. 29-32	 165 s. 167 168
Lex Troesmensium XXVII-XXVIII	169
Lex Tabulae Bentinae ll. 12-13	184. 398

Lex agraria (Boebia?)	
(FIRA I, n. 8)	
l. 31	185. 401
l. 37	59
l. 56	28. 46
Lex Quinctia de aquaeductibus	
(FIRA I, n. 14)	
ll. 22-32	184
Papyrus Oxyrhynchus II. 237	
col. VI, rr. 12-20	175
col. VII, rr. 8-13	177
col. VII, rr. 28-29	178
col. VII, rr. 31-36	176
col. VIII, rr. 2-7	178