



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXI

COORDINATORE Prof. Alessandro Simoni

*Apparenza del diritto e rapporti di fatto
nell'esperienza giuridica di Roma antica*

Settore Scientifico Disciplinare IUS/18

Dottoranda

Dott.ssa Francesca Rossi

Tutore

Prof.ssa Patrizia Giunti

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni

Anni 2015/2018

ABBREVIAZIONI

<i>AG</i>	<i>Archivio giuridico «Filippo Serafini»</i>
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i>
<i>ANA</i>	<i>Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli</i>
<i>Ann. Bari</i>	<i>Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari</i>
<i>ANRW</i>	<i>Aufstieg und Niedergang der römischen Welt</i>
<i>AUFE</i>	<i>Annali dell'Università di Ferrara</i>
<i>AUPA</i>	<i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>
<i>Banca borsa</i>	<i>Banca, borsa e titoli di credito. Rivista di dottrina e giurisprudenza</i>
<i>BIDR</i>	<i>Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»</i>
<i>Contr.</i>	<i>I contratti</i>
<i>Contr. impr.</i>	<i>Contratto e impresa</i>
<i>Contr. impr. Eur.</i>	<i>Contratto e impresa, Europa</i>

<i>Corr. giur.</i>	<i>Il Corriere giuridico. Mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione</i>
<i>Dig. disc. priv., Sez. civ.</i>	<i>Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile</i>
<i>Dig. disc. priv., Sez. comm.</i>	<i>Digesto delle discipline privatistiche: sezione commerciale</i>
<i>Dig. disc. pubbl.</i>	<i>Digesto delle discipline pubblicistiche</i>
<i>Dig. It.</i>	<i>Il Digesto Italiano</i>
<i>Dir. fall.</i>	<i>Diritto fallimentare e delle società commerciali</i>
<i>Dir. fam.</i>	<i>Diritto e famiglia</i>
<i>Dir. soc.</i>	<i>Diritto e società</i>
<i>Diritto e Storia</i>	<i>Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana (www.dirittoestoria.it)</i>
<i>Enc. dir.</i>	<i>Enciclopedia del diritto Giuffrè</i>
<i>Enc. for.</i>	<i>Enciclopedia forense</i>
<i>Enc. giur. it.</i>	<i>Enciclopedia giuridica italiana</i>
<i>Enc. giur. Treccani</i>	<i>Enciclopedia giuridica Treccani</i>
<i>ERPL</i>	<i>European Review of Private Law</i>
<i>Foro it.</i>	<i>Il foro italiano: raccolta generale di giurisprudenza civile, commerciale, penale, amministrativa</i>

<i>Foro pad.</i>	<i>Il foro padano: rivista di dottrina e giurisprudenza dell'Alta Italia</i>
<i>Giur. compl. Cass. Civ.</i>	<i>Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione</i>
<i>Giur. it.</i>	<i>Giurisprudenza italiana e La legge: rivista universale di giurisprudenza e dottrina</i>
<i>Giust. civ.</i>	<i>Giustizia civile. Rivista mensile di giurisprudenza (direttore responsabile Mario Stella Richter)</i>
<i>Hw. Rw.</i>	<i>Handwörterbuch der Rechtswissenschaft</i>
<i>Index</i>	<i>Index. Quaderni camerti di studi romanistici</i>
<i>Iura</i>	<i>Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico</i>
<i>La Cultura</i>	<i>La Cultura. Rivista di scienze, lettere ed arti (diretta da R. Bonghi)</i>
<i>La Legge</i>	<i>La Legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia</i>
<i>Labeo</i>	<i>Labeo. Rassegna di diritto romano</i>
<i>N. Dig. It.</i>	<i>Nuovo Digesto Italiano</i>
<i>Noviss. Dig. It.</i>	<i>Novissimo Digesto Italiano</i>
<i>Noviss. Dig. It., App.</i>	<i>Novissimo Digesto Italiano – Appendice</i>
<i>Nuovo dir.</i>	<i>Il nuovo diritto. Rassegna giuridica pratica</i>

<i>Obbl. e contr.</i>	<i>Obbligazioni e contratti</i>
<i>Opus</i>	<i>Opus. Rivista internazionale per la storia economica e sociale dell'antichità</i>
<i>RCDH</i>	<i>Revista Critica del Derecho Inmobiliario</i>
<i>Rass. dir. civ.</i>	<i>Rassegna di diritto civile (diretta da Pietro Perlingieri)</i>
<i>Rev. trim. droit civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>Riv. dir. civ.</i>	<i>Rivista di diritto civile</i>
<i>Riv. dir. comm.</i>	<i>Rivista di diritto commerciale</i>
<i>Riv. dir. rom.</i>	<i>Rivista di diritto romano</i> (www.ledonline.it/rivistadirittoromano)
<i>RHD</i>	<i>Revue d'Histoire Diplomatique</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue Internationale des Droits de l'Antiquité</i>
<i>RIL</i>	<i>Rendiconti del Reale Istituto lombardo di scienze e lettere</i>
<i>RISG</i>	<i>Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche</i>
<i>SDHI</i>	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i>
<i>SIGP</i>	<i>Studi dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Pavia</i>
<i>Studi Senesi</i>	<i>Studi Senesi nel circolo giuridico della R. Università (direttore Filippo Virgilio)</i>

<i>TAPhA</i>	<i>Transactions and Proceedings of the American Philological Association</i>
<i>Tem</i>	<i>Rivista di giurisprudenza italiana (direzione Aurelio Candian)</i>
<i>TSDP</i>	<i>Teoria e Storia del Diritto Privato (rivista internazionale online: www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)</i>
<i>TvR</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review</i>
<i>ZPE</i>	<i>Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik</i>
<i>ZRG</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung</i>

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DELL'*APPARENTIA IURIS*: APPARENZA DEL DIRITTO E FIGURE AFFINI

1. Il principio dell'apparenza del diritto: definizione e inquadramento dogmatico.	9
2. Le articolazioni del principio dell'apparenza del diritto: classificazioni dottrinali, fattispecie legislative e orientamenti giurisprudenziali.	24
2.1. Le due tipologie di <i>apparentia iuris</i> : apparenza pura e apparenza colposa.	24
2.2. Le principali applicazioni dell'apparenza del diritto e la loro estendibilità in via analogica: verso il superamento della tipicità e l'affermazione di un principio generale di apparenza.	26
3. Il principio di apparenza nel diritto processuale.	31
3.1. Il principio di apparenza e la prevalenza della sostanza sulla forma.	31
3.2. L'apparenza nel processo attraverso la <i>fictio iuris</i>	36
4. «Apparenza di apparenza»: apparenza del diritto e istituti «apparentemente» affini.	49
4.1. Apparenza del diritto ed errore: l'errore originato dall'apparenza e l'errore vizio del consenso.	50
4.2. Apparenza e simulazione.	55
4.3. Apparenza e possesso.	59
5. Osservazioni conclusive sull' <i>apparentia</i> come preludio alla nostra ricerca.	63

CAPITOLO II

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELLE SUCCESSIONI *MORTIS CAUSA*: EREDE APPARENTE, *POSSESSOR PRO HEREDE* E *POSSESSOR PRO POSSESSORE*

1. L'erede apparente nel diritto civile italiano.	66
2. La ricerca di un antecedente storico: il <i>possessor pro herede</i> nel contesto del diritto romano.	73
2.1. La testimonianza di Gaio: <i>possessor pro herede</i> e <i>possessor pro possessore</i>	75
2.2. La critica della dottrina alla presunta derivazione dell'erede apparente dal <i>possessor pro herede</i>	79
3. <i>Possessor pro herede</i> e <i>possessor pro possessore</i> nella definizione di Ulpiano.	82
3.1. La definizione ulpiana di <i>possessor pro herede</i>	82
3.2. La definizione ulpiana di <i>possessor pro possessore</i>	87
4. L'estensione della <i>petitio hereditatis</i> nelle ipotesi di trasferimento dal <i>possessor pro herede</i> e dal <i>possessor pro possessore</i>	92
5. Altre ipotesi di apparenti « <i>possessores</i> » nell'ambito della <i>petitio hereditatis</i>	99
6. <i>Possessio pro herede</i> e altri istituti «fattuali» in ambito ereditario: l' <i>usucapio hereditatis</i>	106
6.1. L' <i>usucapio hereditatis</i> : requisiti, condizioni ed effetti.	106
6.2. L' <i>usucapio hereditatis</i> : <i>ratio</i> originaria e sua evoluzione nel mutato contesto storico.	113
7. Osservazioni conclusive in ordine a « <i>possessor pro herede</i> » ed erede apparente: una parziale affinità.	119

CAPITOLO III

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELL'ADEMPIMENTO DELL'OBLIGAZIONE: CREDITORE APPARENTE, *FALSUS CREDITOR* E *ADIECTUS SOLUTIONIS CAUSA*

1. Il creditore apparente e l' <i>adiectus solutionis causa</i> nel diritto civile italiano.	121
1.1. Il principio di apparenza nel diritto delle obbligazioni: adempimento e pagamento.	121
1.2. La legittimazione passiva a ricevere il pagamento e i possibili destinatari dell'adempimento: creditore vero, creditore apparente, <i>adiectus solutionis causa</i> .	127
1.3. La disciplina del pagamento al creditore apparente nel nostro codice civile: l'art. 1189.	132
2. Il creditore apparente e l' <i>adiectus solutionis causa</i> nel diritto romano.	135
3. Il creditore apparente nelle fonti giuridiche romane: un caso isolato di <i>falsus creditor</i> .	138
3.1. La definizione di <i>falsus creditor</i> in D. 47.2.43.pr.: una preziosa parentesi.	138
3.2. Il <i>furtum</i> del <i>falsus creditor</i> : la fattispecie contenuta in D. 47.2.43.pr. e la soluzione prospettata da Ulpiano.	148
3.3. Gli effetti del pagamento al creditore apparente nel diritto romano e in quello moderno: sanzionabilità del <i>falsus creditor</i> e tutela del debitore in buona fede.	150
4. L' <i>adiectus solutionis causa</i> nelle fonti giuridiche romane.	155
5. Osservazioni conclusive in ordine al <i>falsus creditor</i> come « <i>avus</i> » del creditore apparente: una continuità « <i>magis speciosa quam vera</i> ».	162

CAPITOLO IV

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELLA RAPPRESENTANZA E NEL MANDATO: RAPPRESENTANTE APPARENTE E *FALSUS* *PROCURATOR*

1. La rappresentanza apparente e il <i>falsus procurator</i> nel diritto civile italiano.	168
2. La ricerca di un antecedente storico: il <i>falsus procurator</i> nel diritto romano.	173

3. Il fenomeno della rappresentanza in diritto romano.....	175
4. La nozione di <i>procurator</i> : il suo significato e le principali questioni interpretative.....	181
4.1. La distinzione tra <i>procurator omnium bonorum</i> e <i>procurator unius rei</i> e il rapporto con il <i>procurator ad litem</i>	182
4.2. L'origine del termine <i>procurator</i> : l'asserita «non giuridicità» dell'originario procuratore.....	184
5. <i>Procurator</i> «non mandatario» e <i>procurator</i> «simulatore»: i diversi orientamenti dottrinali sulla figura del <i>falsus procurator</i>	192
5.1. La tesi interpolazionista o «negativa»: il <i>falsus procurator</i> come «non mandatario».	192
5.2. La tesi della simulazione o «positiva»: il <i>falsus procurator</i> come « <i>simulator</i> ».....	201
6. Il <i>falsus procurator</i> nelle fonti romane: <i>simulatio</i> , <i>mala fides</i> e <i>furtum</i>	205
6.1. Il pagamento al <i>falsus procurator</i> e la responsabilità per il <i>furtum</i> dei <i>nummi</i>	205
6.2. Il <i>falsus procurator</i> «sopravvenuto»: « <i>prius mandatum, deinde vetitum</i> ».	208
6.3. Un diverso tipo di « <i>simulator</i> »: il <i>falsus procurator</i> e l' <i>usurpatio</i> dell'altrui identità.	214
7. Osservazioni conclusive in tema di <i>falsus procurator</i> e rappresentante apparente: il «ritorno» della mala fede.....	216

CAPITOLO V

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELLE RELAZIONI FAMILIARI: FAMIGLIA DI FATTO, *MATRIMONIUM INIUSTUM* E CONCUBINATO

1. Le unioni di fatto come «apparenza» di unioni matrimoniali.	220
2. Matrimonio e convivenza « <i>more uxorio</i> » nel diritto italiano: la questione delle coppie di fatto.....	224
3. Il matrimonio nel diritto romano: <i>matrimonium</i> o <i>matrimonia</i> ?	228

3.1. Il <i>matrimonium</i> come <i>res facti</i> : fattualità e giuridicità del matrimonio romano.....	228
3.2. Pluralità di modelli coniugali: <i>matrimonium iustum</i> , <i>matrimonium iniustum</i> , <i>concubinatus</i>	234
4. <i>Matrimonium iustum</i> e <i>matrimonium iniustum</i>	240
4.1. Il <i>matrimonium iniustum</i> per carenza dei presupposti giuridici: i requisiti Ulpiani.....	240
4.1.1. Il <i>conubium</i>	242
4.1.2. Il consenso.....	246
4.1.3. Pubertà ed età dei nubendi.....	249
4.2. Il <i>matrimonium iniustum</i> per violazione dei divieti legislativi.....	253
5. Il concubinato: « <i>non omnis mulier iuncta viro uxor est viri</i> ».....	261
5.1. Il concubinato nel diritto italiano.....	261
5.2. Il concubinato nel diritto romano.....	264
6. Regime giuridico del <i>matrimonium</i> e delle diverse tipologie di unioni: estendibilità di alcuni effetti al <i>matrimonium iniustum</i> e al concubinato.....	271
6.1. Regime giuridico della filiazione: <i>liberi naturales</i> , <i>fili legitimi iusti</i> e <i>iniusti</i>	272
6.2. I rapporti tra coniugi: <i>matrimonium</i> e <i>manus</i> e la possibilità della <i>conventio in manum</i> in assenza di <i>iustae nuptiae</i>	278
6.3. Rapporti patrimoniali tra coniugi: il divieto di donazioni tra coniugi.....	281
7. Effetti penali delle unioni extraconiugali: estendibilità dell' <i>accusatio adulterii</i> alla <i>uxor iniusta</i> e alla concubina.....	289
7.1. Il dovere di fedeltà coniugale e il reato di adulterio: la <i>lex Iulia de adulteriis</i> e il regime repressivo augusteo.....	289
7.2. L'adulterio della <i>uxor iniusta</i>	294
7.3. L'adulterio della concubina.....	298
8. Osservazioni conclusive sull'apparenza nei rapporti familiari di fatto: una relazione « <i>magis vera quam speciosa</i> ».....	304
CONCLUSIONI	310

INDICE DELLE FONTI.....	315
--------------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	323
--------------------------	------------

INTRODUZIONE

La delicata dialettica tra «fatto» e «diritto» da sempre rappresenta, per il giurista di qualsiasi luogo e qualsivoglia epoca, oggetto di studio e di interesse. Una relazione complessa, quella tra *ius* e *factum*, di quelle alla «*odi et amo*»¹, tanto instabile quanto indissolubile e, proprio per questo, probabilmente ineludibile. Una complessità, quella che connota tale rapporto, che, proprio come i *clarissimi* versi catulliani, trasuda fascino e non cessa di suscitare interesse, il quale d'altra parte quasi mai si assopisce e, anzi, periodicamente si rinnova.

Sarà perdonato, ci auguriamo, questo incipit probabilmente passibile di eccessiva retorica, che voleva soltanto introdurre e motivare la scelta di dedicare questa nostra analisi ad un tema certamente non nuovo, nella sua dimensione ontologica, ma allo stesso tempo denso di inesaurevoli spunti di interesse. Nell'immensa fucina dei rapporti tra fatto e diritto, riteniamo, infatti, auspicando di non errare di superbia, di aver individuato un pertugio non del tutto esplorato, all'interno del quale abbiamo deciso di calarci per osservare più da vicino ciò che dall'alto è solo possibile intuire.

Dobbiamo, tuttavia, confessare al lettore che questa nostra scelta è stata frutto di un'inversione di rotta – o, forse dovremmo dire, di un ampliamento di rotta, dal momento che rispetto ad essa non è mutata la destinazione finale – che ci ha portato nel corso di questi tre anni ad allargare il campo di indagine inizialmente eletto ad oggetto della ricerca. Infatti, come non di rado accade in questi casi, lo studio e l'approfondimento di una specifica materia, nel nostro caso inizialmente relativa al regime giuridico delle unioni diverse dal *matrimonium iustum*, ha aperto orizzonti da principio impensati e ha rappresentato l'occasione per estendere la riflessione, che ha finito così per ampliare i propri confini, invadendo campi ulteriori e apparentemente estranei all'originario oggetto di ricerca.

Così, l'analisi del regime giuridico delle unioni non coniugali e la constatazione che, al di là dell'istituto matrimoniale tecnicamente inteso come

¹ Catullus, *Carmina*, 85: «*Odi et amo. quare id faciam, fortasse requiris. / nescio, sed fieri sentio et excrucior.*»

matrimonium iustum, il diritto romano abbia manifestato una tendenza a riconoscere la produzione di determinati effetti giuridici anche a unioni o rapporti non rientranti in tale modello tipico, e dunque qualificate per questo come «*iniustae*», ci ha spinto ad interrogarci sulla *ratio* sottesa a tale tendenza e a disvelare l'esigenza che ha comportato l'estensione di taluni effetti giuridici ad unioni che, con terminologia moderna, potremmo definire non «di diritto», bensì appunto «di fatto».

Proprio la volontà di indagare i meccanismi connessi a tale fenomeno ci ha suggerito di non rimanere confinati strettamente all'ambito di interesse iniziale, ossia il diritto di famiglia e in particolare quello dei rapporti tra coniugi, ma di ampliare la visuale, estendendo la ricerca anche ad ulteriori settori, per individuare eventuali tracce di fenomeni analoghi o assimilabili a quello appena descritto.

Le relazioni familiari di fatto si sono dunque trasformate da oggetto esclusivo della trattazione ad una delle parti che ne costituisce la sua articolazione, la quale, attraverso il percorso che qui si cerca di presentare, ambirebbe a raffigurare quelle stesse relazioni come una delle possibili manifestazioni di un fenomeno in verità ben più lato e complesso.

Cercando di offrire qualche elemento in più sul ragionamento da noi proposto, possiamo dire che l'intenzione sarebbe quella di operare un confronto tra le varie situazioni di fatto, in tutto o in parte prive di una precisa disciplina giuridica, alle quali l'ordinamento riconosca tuttavia una qualche rilevanza, e che dunque, pur in campi tra loro eterogenei, paiono fondarsi su esigenze analoghe, per valutare se tra esse possa riscontrarsi un filo conduttore o una linea di tendenza comune. Numerose sono, infatti, le ipotesi in cui si manifesta tale esigenza di raccordare il dato normativo e giuridico con la dimensione fattuale: questa, in particolare, emerge in maniera evidente in tutte quelle situazioni in cui si verifica una discrasia tra ciò che è imposto dall'ordinamento – e che, dunque, trova aggancio e legittimazione nel dato normativo – e quello che si verifica concretamente. E, come ulteriore conseguenza, può accadere che tali situazioni, pur formalmente difformi rispetto a quanto l'ordinamento richiederebbe, risultino meritevoli di tutela giuridica tanto quanto quelle conformi a detto dato; oppure, secondo un diverso sviluppo, può verificarsi che nella situazione concreta l'assenza di determinati elementi o requisiti non possa dirsi

determinante ai fini dell'esclusione dell'effetto giuridico. In ogni caso, il risultato cui conducono simili situazioni, frutto di una precisa scelta dell'ordinamento, è la possibilità di estendere e di far discendere da esse la produzione di effetti giuridici che potrebbero scaturire solo dal rispetto del modello legale. Vengono in rilievo, così, tutta una serie di situazioni fattuali in presenza delle quali l'ordinamento reputa necessario individuare un livello minimo di tutela, attraverso il riconoscimento della produzione di determinati effetti giuridici o, talvolta, l'attribuzione di appositi strumenti di tutela, creati *ad hoc*, oppure mediante l'estensione di strumenti già previsti per situazioni analoghe disciplinate dal diritto.

Nella prospettiva moderna, un interessante campo in cui è possibile osservare un simile meccanismo è rappresentato dal fenomeno della cosiddetta «apparenza del diritto», espressione con cui la dottrina tradizionalmente individua tutte quelle fattispecie che si manifestano oggettivamente come corrispondenti ad un certo stato di diritto, pur non possedendone gli elementi propri. In tali casi l'ordinamento può, a certe condizioni, ritenere opportuno estendere gli effetti giuridici propri di quella specifica fattispecie giuridica alla situazione che solo apparentemente ne possiede i requisiti. Esempi notori e ormai ampiamente riconosciuti nel nostro diritto sono rinvenibili in svariati settori dell'ordinamento: dal diritto successorio, attraverso la figura dell'erede apparente; al regime nelle obbligazioni, ove è ammessa la validità del pagamento al creditore apparente; molto discussa, non solo in dottrina ma anche nel recente dibattito giurisprudenziale, inoltre, l'ipotesi del rappresentante apparente e del *falsus procurator*; da sempre oggetto di attenzione, infine, il regime giuridico delle società di fatto.

In tale prospettiva, dunque, mi sono domandata se il fenomeno dal quale abbiamo preso avvio, ossia quello relativo alla presenza – tanto oggi quanto nel diritto romano, pur con le differenze che avremo cura di illustrare – di unioni familiari *iniustae* o, per utilizzare il termine moderno, «di fatto», non possa essere assimilato, o quanto meno prestarsi ad una comparazione, con le fattispecie oggi complessivamente qualificate come «apparenza del diritto», in quanto anch'esse originate da una insopprimibile tensione tra *ius* e *factum*. Ed è proprio nell'approfondire il tema dell'apparenza, nel tentativo di comprenderne le origini, la *ratio* e la fisionomia, che abbiamo con timido piacere appreso che

l'idea di leggere i rapporti coniugali di fatto come fenomeni di apparenza trova autorevole eco già nei primissimi scritti a tale principio dedicati. Ad anticiparla in particolare è stata la voce dell'allora Primo Presidente della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio, il quale, nel delineare una delle prime definizioni di «apparenza del diritto», fra i principali casi citati come espressione del fenomeno inseriva anche «lo stato di concubinato», affermando espressamente che «non rare volte questo si presenta con l'apparenza di una unione legittima»².

Se la lettura di tali parole ci ha certamente rassicurato circa la non indegnità del nostro proposito di ricerca, regalandoci un momentaneo conforto, ci ha allo stesso tempo resi coscienti circa la necessità, per conferire definitiva legittimità al lavoro, di individuare un percorso e degli strumenti che ci consentano di avvalorare o, se del caso, smentire la nostra suggestione. Per non disattendere l'aspettativa che ci siamo imposti, ci è sembrato, allora, indispensabile indagare se anche il diritto romano abbia conosciuto fenomeni analoghi a quelli oggi considerati espressione della cosiddetta «*apparentia iuris*», per valutare se effettivamente tra essi possa riscontrarsi un *fil rouge*, oppure debba escludersi tale connessione.

Assumendo, dunque, come punto di partenza la presenza nel nostro ordinamento del fenomeno dell'«apparenza giuridica», negli ultimi anni peraltro oggetto di una rinnovata attenzione e spesso al centro di vivace dibattito, ci siamo chiesti se le manifestazioni dell'*apparentia iuris* e, più in generale, la delicata dialettica tra fatto e diritto e la continua ricerca di un punto di coordinazione tra i due ambiti, siano una esclusiva dell'esperienza moderna oppure se un fenomeno, quantomeno in parte, analogo possa riscontrarsi anche nell'esperienza di Roma antica. Posto, infatti, che si tratta di una fattispecie di emersione sociale, che risponde a logiche di giustizia sostanziale e mira ad allineare lo stato fattuale con quello giuridico, dando voce a situazioni che altrimenti rischierebbero di condurre, in virtù di un bieco rispetto dei parametri legislativi e positivi, ad ingiustizie o comunque a risultati oggettivamente distonici rispetto a quelli imposti dal diritto, pare opportuno valutare se tale necessità fosse percepita anche nei secoli passati, individuando eventuali

² M. D'AMELIO, s.v. *Apparenza del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, 1, Torino: UTET, 1957, p. 717.

fenomeni che, pur non etichettati sotto il *nomen* di *apparentia iuris*, manifestino e siano portatori di una simile tendenza, essendo volti ad offrire risposta a richieste di giustizia o a non lasciare privi di disciplina fenomeni che di poco si discostano da quelli regolati dal diritto. E ciò, o perché privi di elementi formali, la cui assenza tuttavia non legittima un trattamento così differente; o perché fenomeni di nuova emersione ancora non presi in considerazione dal diritto, che, essendo preordinato alla disciplina e alla regolamentazione della vita comune, è chiamato a compiere una funzione che richiede una continua e progressiva trasformazione, in grado di renderlo costantemente rispondente ai bisogni che la società manifesta.

Se questo rappresenta, dunque, l'obiettivo di fondo del nostro lavoro, è opportuno offrire qualche indicazione in ordine al percorso seguito per raggiungerlo e, conseguentemente, della struttura ed articolazione che ne è derivata.

La tesi, in particolare, si articola di un capitolo iniziale, introduttivo e, potremmo dire, di teoria generale, e in ulteriori quattro capitoli, ciascuno dedicato all'analisi dettagliata dei singoli istituti che, a noi pare, costituiscono espressione di quella tensione tra fatto e diritto che qui si è cercato di descrivere e studiare.

La prima parte, dunque, proprio in virtù del suo ampio respiro, ambirebbe a tracciare i binari entro i quali incanalare il ragionamento sviluppato nei successivi capitoli, dedicati specificamente ai singoli istituti presi in esame. Con essa, dunque, si cercherà anzitutto di chiarire l'effettiva portata del principio dell'*apparentia iuris*, per comprenderne la concreta estensione e provare, così, a tracciare una linea di confine, auspicabilmente affidabile, rispetto ad altre figure soltanto apparentemente ad essa riconducibili. Una volta completato questo doveroso inquadramento iniziale del fenomeno dell'*apparentia iuris*, l'attenzione sarà poi focalizzata sulle singole manifestazioni che nel nostro ordinamento di tale principio costituiscono le principali espressioni, al fine di individuarle e correttamente collocarle nel nostro sistema giuridico. A tale sommaria individuazione, peraltro, coerentemente con l'obiettivo prefisso di riportare il fenomeno a Roma antica, non seguirà un'analisi dettagliata e globale di tutte le possibili manifestazioni dell'apparenza, che in questa sede e relativamente all'intento finale di questo lavoro non potrebbe che risultare

parziale e qualitativamente inadeguata. Piuttosto, è apparso indispensabile operare una ponderata selezione di tali figure, individuando e prendendo in esame soltanto quelle rispetto alle quali pare potersi rinvenire una sorta di precedente o di antecedente storico fra gli istituti del diritto romano. Fra le diverse manifestazioni dell'apparenza, dunque, la scelta è caduta su quelle che, in fin dei conti, ne costituiscono ancora oggi le tradizionali e maggiormente note manifestazioni, ossia: da un lato, l'apparenza manifestantesi nel diritto delle successioni *mortis causa* attraverso la figura dell'erede apparente; dall'altro quello stesso fenomeno come risulta e si articola nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, attraverso la figura del creditore apparente; nonché, infine, quella, forse ancor più rilevante, del rappresentante apparente, o, per utilizzare il suo «nome d'arte», il *falsus procurator*. Da questi fenomeni, tutti a loro modo espressione della più volte citata *apparentia iuris*, si tornerà poi al punto di origine, recuperando l'area in cui, come confessato, affondano le radici dell'intero lavoro. L'attenzione si volgerà dunque nuovamente a considerare i rapporti familiari extra e para coniugali, in quanto – in certo modo e con le dovute distinzioni che saranno a tempo debito segnalate – a loro volta costituiscono una forma di apparenza giuridica, 'apparendo' e 'manifestandosi' all'esterno alla stregua di un tradizionale rapporto coniugale.

Ciascuno degli ambiti indicati sarà preso in considerazione singolarmente, nella sua specificità, segnalata dalla suddivisione in separati capitoli, cercando di riservare a ciascuna parte pari attenzione e eguale spazio, così che la stesura finale possa risultare complessivamente quanto più possibile equilibrata e bilanciata. Per tale ragione sarà necessario operare per ciascun argomento una selezione degli aspetti da trattare, limitando l'esposizione a quelli che di volta in volta appariranno meglio consentire la ricostruzione dell'istituto nei suoi connotati essenziali e, soprattutto, risulteranno funzionali rispetto all'argomentazione della tesi. In un caso soltanto, ossia quando cercheremo di calare il fenomeno dell'apparenza nel tema delle unioni di fatto, non sarà probabilmente possibile contenere oltre un certo limite l'analisi: ma ciò si spiega anche in ragione del fatto che, oltre ad essere un tema i cui confini sono di gran lunga più vasti rispetto a quelli degli argomenti precedenti, è inoltre il tema su cui pensavamo in un primo momento, quando l'elaborazione del progetto era ancora in fase embrionale, di concentrare l'intero nostro lavoro.

Nonostante tale possibile eccesso nel capitolo finale, cercheremo comunque di mantenere per quanto possibile ferma la struttura di quelli precedenti, seguendo un percorso che, nel tentativo auspicato di rendere il discorso complessivamente logico e coerente, sarà il medesimo per ognuno. In particolare, con inversione di metodo rispetto al percorso generalmente seguito negli studi scientifici, che spesso scelgono di anteporre alla trattazione dell'istituto esaminato un *excursus*, più o meno breve, delle sue origini e della sua evoluzione storica, opteremo per la via esattamente opposta. Con una sorta di inversione di tendenza – evidentemente non dettata da uno slancio eversivo, ma piuttosto funzionale all'argomentazione della tesi che si desidera esporre – abbiamo scelto di iniziare ciascun capitolo con un breve inquadramento della figura, di volta in volta considerata, all'interno del nostro ordinamento moderno. Tali considerazioni preliminari ci paiono infatti indispensabili e imprescindibili, dal momento che l'ambizione del presente lavoro sarebbe quella di ricercare, all'interno del sistema romanistico, una sorta di precedente delle principali manifestazioni in cui si articola e si manifesta un principio, quale quello di apparenza, indubbiamente moderno. Lo studio e l'esposizione delle singole figure giuridiche nella loro conformazione attuale servirà dunque, ogni volta, a consentire di ricercare ed individuare un antecedente storico a cui riportarle, per similitudine o, eventualmente, anche per differenza. A tale individuazione seguirà, quindi, finalmente, l'analisi dell'istituto come concepito e disciplinato dal diritto romano, nel tentativo di coglierne il significato e il ruolo dallo stesso ricoperto in rapporto al sistema giuridico e sociale di Roma antica. Un simile tentativo, com'è evidente, non potrà che svolgersi attraverso una puntuale analisi delle fonti degli autori latini, le uniche in grado di far luce e restituirci, pur a distanza di secoli, il significato autentico degli istituti giuridici di cui ci testimoniano l'esistenza.

Per ciascuna parte cercheremo quindi, in esito all'analisi e dunque al termine di ciascun capitolo, di trarre le relative conclusioni, tentando contestualmente di metterle fra loro in rapporto, per darne una lettura complessiva e coordinata, che ne valuti i possibili profili di similitudine e di analogia o, viceversa, di asimmetria e divergenza.

Attraverso il percorso così descritto, l'obiettivo sarebbe quello di dimostrare, in linea con l'assunto di partenza, che gli esiti cui questo studio

conduce risultano, pur nelle loro diversità ed individualità, rappresentate nei due macro ambiti analizzati – le diverse manifestazioni dell'apparenza del diritto da un lato, le relazioni familiari di fatto dall'altro – conciliabili e analoghi sul piano sostanziale. In particolare, tale comunanza di intenti si evidenzerebbe quanto alla necessità di individuare metodi e soluzioni in grado di offrire una risposta giuridica – non necessariamente positiva, si badi bene – rispetto a relazioni emergenti soltanto sul piano fattuale, alle quali tuttavia l'ordinamento, pur in assenza dei requisiti necessari per l'integrazione della fattispecie giuridica di cui manifestano le sembianze, riconosce importanza e rilievo sociale, tanto da estendere ad esse la produzione di precisi effetti giuridici, elevandole così dal mondo «terreno» del mero fatto a quello «celeste» – o forse dovremmo dire «iperurano»? – del diritto, attraverso un'osmosi che talvolta dissolve, rendendolo impalpabile ed evanescente, il *discrimen* tra questi due universi.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DELL'*APPARENTIA IURIS*: APPARENZA DEL DIRITTO E FIGURE AFFINI

SOMMARIO: 1. Il principio dell'apparenza del diritto: definizione e inquadramento dogmatico. – 2. Le articolazioni del principio dell'apparenza del diritto: classificazioni dottrinali, fattispecie legislative e orientamenti giurisprudenziali. – 2.1. Le due tipologie di *apparentia iuris*: apparenza pura e apparenza colposa. – 2.2. Le principali applicazioni dell'apparenza del diritto e la loro estendibilità in via analogica: verso il superamento della tipicità e l'affermazione di un principio generale di apparenza. – 3. Il principio di apparenza nel diritto processuale. – 3.1. Il principio di apparenza e la prevalenza della sostanza sulla forma. – 3.2. L'apparenza nel processo attraverso la *fictio iuris*. – 4. «Apparenza di apparenza»: apparenza del diritto e istituti «apparentemente» affini. – 4.1. Apparenza del diritto ed errore: l'errore originato dall'apparenza e l'errore vizio del consenso. – 4.2. Apparenza e simulazione. – 4.3. Apparenza e possesso. – 5. Osservazioni conclusive sull'*apparentia* come preludio alla nostra ricerca.

1. Il principio dell'apparenza del diritto: definizione e inquadramento dogmatico.

Attraverso le poche pagine introduttive abbiamo cercato di chiarire come l'obiettivo che questo lavoro si propone sia quello di individuare nell'esperienza giuridica di Roma antica fattispecie, istituti o soluzioni giurisprudenziali che possano rappresentare il preludio o anticipare gli effetti propri delle moderne figure di apparenza giuridica¹.

¹ Fra i numerosissimi contributi in materia di apparenza, dei quali nel corso dell'esposizione cercheremo di dar nota, riteniamo opportuno fin d'ora offrire alcuni essenziali riferimenti. In *primis*, le voci di: M. D'AMELIO, s.v. *Apparenza del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, 1, Torino: UTET, 1957, pp. 714-719; A. FALZEA, s.v. *Apparenza*, in *Enc. dir.*, 2, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 682-701; R. SACCO, s.v. *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, 1, Torino: UTET, 1987, pp. 353-361; M. BESSONE – M. DI PAOLO, s.v. *Apparenza*, in *Enc. giur. Treccani*, 2, Roma, 1988, pp. 1-5. Nonché, come ulteriori scritti in argomento: A. ALBAMONTE, *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, in *Nuovo dir.*, 49 (1972), pp. 809-814; M. BALICE, *Considerazioni in tema di apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970 e Pretura Milano, 30 maggio 1969)*, in *Giur. mer.*, 4/1 (1972), pp. 78-83; R. BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica (note critiche)*, in *Riv. dir. comm.*, 32/1 (1934), pp. 131-148; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961; G. CAMISA, *L'apparenza del diritto come principio generale (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 gennaio 1985, n. 484)*, in *Foro pad.*, 40/1 (1985), pp. 315-318; G. CASSANO, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: i principi*, in *Contr.*, 10/12 (2002), pp. 1169-1173; V. D'ORSI, *Sui limiti dell'apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970)*, in *Giust. civ.*, 20/1 (1970), pp. 1313-1315; G. FERRERO, *Appunti in tema di apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Giust. civ.*, 15/1 (1965), pp. 189-193; A. FORTUNATO, *Spunti sulla responsabilità in materia di apparenza della situazione giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Temì*, 41 (1965), pp.

Rispetto ad un simile obiettivo, necessaria premessa non può che essere costituita dal chiarimento dei confini entro i quali si colloca il termine di paragone rispetto al quale si intende confrontare gli istituti romanistici, ossia appunto il principio di apparenza giuridica.

Ciò che cercheremo dunque di compiere in questo primo capitolo è una breve ricognizione, definitoria e dogmatica, del principio dell'*apparentia iuris* nei moderni ordinamenti giuridici, ripercorrendone brevemente la genesi, la *ratio*, lo sviluppo, nonché i principali ambiti applicativi. Una volta individuati in maniera, si auspica, sufficientemente chiara i caratteri del principio in esame, proveremo a precisarne ulteriormente i confini, segnalando alcune figure e istituti giuridici dai quali è opportuno mantenerlo distinto.

Volendo principiare il discorso con uno sforzo definitorio, possiamo dire, semplificando al massimo, che il principio dell'apparenza del diritto è una formula generale con la quale si suole indicare tutte quelle situazioni in cui, in presenza di circostanze univoche ed obbiettive, una data realtà giuridica, in verità inesistente, «appare» come esistente, determinando così l'errore del terzo².

Si tratta dunque di ipotesi in cui si realizza uno sfasamento, un disallineamento e, quindi, una mancata corrispondenza tra lo stato di fatto e

1-7; F. GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 25/6 (2009), pp. 1137-1148; R. GAMBINO, *Il principio dell'apparenza: analogia iuris o creazione giurisprudenziale?*, in *Foro pad.*, 1 (1994), pp. 329 ss.; M. LUONGO, *Brevi appunti in tema di apparenza del diritto (nota a App. Napoli, sez. III, 30 settembre 1970)*, in *Dir. e giur.*, 3 (1971), pp. 368-376; L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano: Giuffrè, 1994 (3^a ed.); R. MICCIO, *Appunti sui limiti del concetto di apparenza nel diritto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 2 (1950), pp. 310-314; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano: Giuffrè, 1973; A. RABAGNY, *L'image juridique du monde: apparence et réalité*, Paris: Presses universitaires de France, 2003; E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 18 (1997), pp. 311-338; S. SOTGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma: Società editrice del Foro Italiano, 1930; G. STOLFI, *Note minime sull'apparenza del diritto (nota a Cass. Civ., sez. II, 17 marzo 1975, n. 1020)*, in *Giur. it.*, 1 (1976), pp. 797-800; G. STOLFI, *L'apparenza del diritto (Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Modena letta il 23 novembre 1933)*, Modena: Università degli studi, 1934 (= *Le prolusioni dei civilisti*, 2, 1900-1935, Napoli: ESI, 2012, pp. 2125-2174); C. TRANQUILLO, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 4 (1996), pp. 426-440; A. VERGA, *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. dir. priv.*, 10/1 (1940), pp. 193-208. Fondamentale, infine, la recente monografia di N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto: profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Milano: Giuffrè, 2015.

² Sui rapporti fra apparenza ed errore si veda *infra*.

quello di diritto³, dal momento che il primo, pur manifestando le sembianze del secondo, non ne possiede tuttavia gli elementi costitutivi: l'apparenza (stato di diritto) non corrisponde alla realtà (stato di fatto).

Più in generale, volendo offrire una definizione di più ampio respiro, possiamo riprendere quella, tanto sintetica quanto efficace, coniata da Angelo Falzea – il cui lavoro, non a caso, rappresenta ancora oggi un imprescindibile punto di riferimento per lo studio dell'apparenza, tanto da essere considerato, pur a distanza di anni, il «più celebre studio dogmatico in materia»⁴ – e affermare, assieme a lui, che «l'apparenza è [...] una falsa segnalazione di realtà», che si realizza allorquando siamo in presenza di «un fenomeno (materialmente presente e immediatamente reale) che manifesta un altro fenomeno (né materialmente presente né materialmente reale)»⁵.

Questa definizione naturalmente è estremamente ampia e individua il concetto di apparenza in quanto tale, privo di ogni aggettivazione e, dunque, universalmente valevole per qualsivoglia settore dell'esperienza.

Laddove, poi, il concetto di apparenza, come descritto, venga collocato nell'universo giuridico e declinato nella forma «apparenza del diritto», occorrerà completarne la definizione tenendo conto della relativa specificazione. Laddove l'apparenza sia riferita ad un diritto è evidente che la

³ Non sembra condividere questa impostazione N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., pp. 3 ss. la quale rileva come l'affermazione per cui l'apparenza del diritto sarebbe «integrata da una mancata corrispondenza tra situazione di fatto e situazione di diritto» sarebbe, secondo la più attenta dottrina, da reputarsi «approssimativa», essendo «l'apparenza del diritto in sé, comunque, un fatto (generatore di conseguenze giuridiche)». La più attenta dottrina a cui l'autrice fa riferimento è incarnata, in particolare, da L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"* cit., pp. 64 ss.; R. SACCO, *s.v. Apparenza* cit., p. 360; nella stessa direzione si incanalerebbe, secondo l'autrice, anche la definizione di A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 687, su cui *infra*, nota seguente.

⁴ Questa è l'opinione di N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 3, la quale ritiene che la definizione di Falzea sia del tutto «insuperata» e, non a caso, sceglie di citarla proprio in apertura del proprio lavoro. Ciò quanto meno – avverte l'autrice – «nella prospettiva metagiuridica», dal momento che, laddove il concetto di apparenza sia coniugato col mondo giuridico, individuare una «definizione generale condivisa» di apparenza del diritto risulta «molto più problematico».

⁵ Per la definizione completa e la sua spiegazione si veda A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 687, il quale, in esito al suo ragionamento, ritiene di poter riassumere il concetto di apparenza attraverso la seguente breve definizione: «l'apparenza oggettivamente intesa è l'apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica». Per ulteriori definizioni si veda il *Dizionario enciclopedico del diritto diretto da Galgano, s.v. apparenza*: l'apparenza «ricorre quando appare ai terzi una situazione giuridica diversa da quella reale e tale da suscitare in essi il legittimo affidamento che la situazione apparente corrisponda a quella reale».

«situazione manifestata»⁶, ossia apparente, sarà necessariamente una situazione giuridica: normalmente un diritto soggettivo o, più raramente, un fatto giuridico, ossia una situazione di fatto ma dotata di rilievo giuridico⁷.

Se limitassimo tuttavia il nostro discorso a quanto appena riferito, non si comprenderebbe la rilevanza del fenomeno dell'apparenza, né la necessità di dedicarvi attenzione e di renderla oggetto di studio. Trattandosi, infatti, di una situazione difforme a quella contemplata e riconosciuta dall'ordinamento, potrebbe pensarsi che essa sia priva di rilievo ai fini giuridici e sia relegata al mondo del mero fatto. È chiaro che le cose stanno diversamente, dato che in particolari ipotesi l'ordinamento ha scelto di attribuire all'apparenza rilevanza giuridica, stabilendo che, in determinati casi e al ricorrere di precise circostanze, una situazione di fatto produca i medesimi effetti di quella di diritto di cui manifesta le sembianze. Nei casi, dunque, di apparenza giuridicamente rilevante l'ordinamento sceglie di colmare il *gap* esistente tra *ius* e *factum*, riallineando i due universi, giuridico e fattuale, e sancendo fra essi un'equiparazione *quoad effectum*⁸.

Per quanto detto il concetto di apparenza risulta strettamente connesso a quello di legittimazione, sotto un duplice punto di vista: dal lato di chi della situazione di apparenza è autore e protagonista, ma anche – pur da una diversa

⁶ A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 691: «mentre la situazione manifestante può essere costituita da un qualsiasi fatto, la situazione manifestata – che appare, ma non è reale – è costituita di necessità da una situazione giuridica».

⁷ Sempre secondo l'autorevole opinione di A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 691, il fatto che normalmente la situazione giuridica apparente sia costituita dalla titolarità di un diritto soggettivo «non significa che il falso rinvio, operato dalla situazione generatrice di apparenza, non possa riguardare un'altra situazione di fatto: si tratterà però di un fatto giuridico, che viene in considerazione esclusivamente per gli effetti che produce, sicché in definitiva si farà capo sempre ad una situazione giuridica». Nella stessa linea di pensiero si colloca anche N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 3, secondo cui la nozione di apparenza del diritto «rileva e viene utilizzata con riferimento all'apparire non soltanto di una situazione di diritto in senso stretto, ma anche di una situazione di fatto, purché idonea ad avere giuridica rilevanza».

⁸ Detta equiparazione è messa bene in luce da M. BESSONE – M. DI PAOLO, *s.v. Apparenza* cit., p. 1: «Il termine apparenza designa fattispecie nelle quali una situazione di fatto non corrisponde allo stato di diritto, e tuttavia, in presenza di determinate circostanze, produce i medesimi effetti giuridici del corrispondente stato di diritto». Sull'efficacia dell'*apparentia iuris* si veda ancora N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 4, la quale ritiene che il principale effetto del fenomeno sarebbe l'«equiparazione, a tutela di uno o più terzi, di una situazione giuridica apparente ad una situazione giuridica reale», in virtù della quale «la mera apparenza della situazione produce gli stessi effetti che produrrebbe la corrispondente situazione reale».

prospettiva – da quello del terzo che da tale stato di apparenza sia tratto in errore.

In particolare, dal primo punto di vista l'apparenza si lega alla legittimazione in quanto alla prima, intesa come apparente titolarità di un diritto soggettivo, fa riscontro un'apparente legittimazione del soggetto medesimo ad esercitare tutte le facoltà e ad essere destinatario di tutti gli atti che avrebbero dovuto rivolgersi verso il titolare reale di quella situazione giuridica, nonché legittimato effettivo. Per meglio dire, la legittimazione apparente discende ed è conseguenza proprio dell'apparente titolarità del relativo diritto soggettivo⁹, dal momento che, come sempre, facoltà e poteri sono attribuiti e riconosciuti in virtù della sussistenza di una determinata posizione sostanziale.

Ma l'intima connessione tra apparenza e legittimazione si coglie anche dal diverso punto di vista del terzo, che dalla situazione di apparenza potrebbe risultare pregiudicato. Ciò in quanto nei casi in cui l'ordinamento riconosce rilievo giuridico all'apparenza e, dunque, consente alla situazione apparente di produrre i medesimi effetti giuridici di quella in verità insussistente, lo stesso ordinamento di fatto attribuisce una legittimazione speciale in capo al terzo, il quale potrà agire nei confronti di chi appare ricoprire una certa posizione, come se quella posizione realmente rivestisse. Ecco perché si è parlato in dottrina dell'apparenza come di «una forma alternativa di legittimazione»¹⁰, proprio per sottolineare il fatto che in virtù della situazione di apparenza il terzo, che a cose normali non potrebbe invocare alcuna pretesa nei confronti di chi 'appare ma non è', ottiene tuttavia il medesimo effetto giuridico che discende dalla ordinaria legittimazione, ossia la tutela della propria posizione, ma attraverso una via diversa ed alternativa, ma non per questo meno effettiva, concessa in via eccezionale dall'ordinamento e giustificata proprio in virtù della situazione

⁹ Questa prima prospettiva del collegamento tra legittimazione e apparenza è bene messa in evidenza da A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit.: secondo l'autore, in particolare, il collegamento tra apparenza e legittimazione risulterebbe in maniera evidente dalle stesse parole del legislatore, il quale utilizza indifferentemente e alternativamente i concetti di legittimazione apparente (art. 1189 c.c., in cui il creditore apparente è colui che «appare legittimato» a ricevere il pagamento in base a circostanze univoche) e quello di titolarità apparente (artt. 1415 e 1416 c.c.).

¹⁰ Tali osservazioni sono messe a fuoco nella voce «apparenza giuridica» contenuta nel *Dizionario giuridico*, diretto da PIERO PAJARDI, p. 52, *s.v. apparenza giuridica*, secondo cui l'apparenza giuridica «legittima il terzo a trattare con chi appare titolare di una situazione giuridica, come se lo fosse realmente. È quindi una forma alternativa di legittimazione».

di apparenza. Ecco perché si è affermato in dottrina che l'apparenza del diritto può configurarsi in una duplice veste, sia come «fonte di legittimazione apparente nei confronti del titolare apparente», sia come «fonte di un'eccezionale legittimazione nei confronti del titolare reale»; laddove l'eccezionalità della seconda è dovuta al fatto che la stessa deriva dalla fallace – e dunque non piena e perfetta – integrazione della fattispecie prevista dalla norma, la cui imperfezione viene colmata appunto attraverso la tecnica giuridica che attribuisce all'apparenza lo stesso valore e la stessa efficacia della sostanza¹¹.

Ecco perché, sulla base della concessione di una simile eccezionale e straordinaria legittimazione, la dottrina ha ritenuto di poter rinvenire nell'apparenza un superamento o quantomeno una «deroga rispetto al principio generale della legittimazione»¹², racchiuso dalle note parole ulpianee:

D. 50.17.54 (Ulp. 46 *ad edictum*)

Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

Già da questi brevi cenni iniziali è agevole comprendere come l'*apparentia iuris* possa essere ricompresa nella ampia e complessa categoria dei principi generali dell'ordinamento¹³, condividendo intimamente lo spazio

¹¹ Questo il pensiero di N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 15, la quale tuttavia nell'affermarlo rileva pure come il fatto che dall'apparenza possa scaturire una legittimazione reale non sia una posizione condivisa dagli autori che la hanno preceduta, per i quali potrebbe configurarsi esclusivamente una «legittimazione apparente [...] come apparente è la titolarità del relativo diritto soggettivo: titolarità e legittimazione che circostanze di fatto fanno apparire esistenti mentre non esistono nella realtà giuridica». In questo stesso senso cfr. anche L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"* cit., p. 78.

¹² In questi termini si esprime N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 15, la quale fa proprio il pensiero già autorevolmente avanzato da L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"* cit., p. 78 e, più recentemente, da G. CASSANO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 1169.

¹³ Con l'espressione «principi generali» si fa normalmente riferimento a tutte quelle norme giuridiche di contenuto generale che sono espressione dei valori fondamentali dell'ordinamento, ai quali tutte le altre norme – definite, per distinguerle dai principi, come «regole» – devono pertanto conformarsi. La distinzione non è di poco momento: infatti, pur avendo entrambi la capacità di influire ed orientare i comportamenti dei soggetti cui si rivolgono, diverso è il modo in cui rispettivamente esplicano tale influenza: in particolare, mentre queste ultime – le regole – incidono direttamente sul comportamento – e in questo caso sono definite infatti «norme di condotta» o, in alternativa, attribuiscono poteri normativi – nel qual caso si parla di «norme di competenza» – i principi generali, invece, hanno ripercussioni sul comportamento in maniera indiretta, dal momento che la loro efficacia diretta è rivolta all'esercizio del potere normativo, che dagli stessi è condizionato e indirizzato. Quanto alla fonte dei principi generali, non necessariamente trattasi di fonte scritta: questi, infatti, pur

con altri fondamentali principi, quali la buona fede, il legittimo affidamento¹⁴ e, di tutte regina, la certezza del diritto: principi, quelli citati, con i quali l'apparenza del diritto, com'è stato simpaticamente notato, «va a braccetto»¹⁵.

potendo naturalmente essere «codificati» in testi scritti, come avviene per esempio nelle costituzioni nazionali o, anche nelle dichiarazioni dei diritti internazionali, non necessariamente abbisognano di essere positivizzati per esercitare il loro peso e la propria influenza. Anzi, molti importanti principi sono impliciti e vengono ricavati in via interpretativa per astrazione, ragionamento induttivo o interpretazione sistematica di altre norme dell'ordinamento. Nondimeno la loro applicazione e il loro peso risulta minorato: anzi, le norme da cui il principio è desunto si pongono rispetto ad esso in un rapporto di derivazione, nel senso che il principio ne costituisce l'intrinseca *ratio*, che al tempo stesso le ispira, le coordina e le legittima. Sulla nozione di principi generali e sulla loro posizione nell'ambito delle fonti dell'ordinamento si rinvia ai trattati e ai manuali di diritto civile, tra cui ci limitiamo a citare i principali: C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 1: *La norma giuridica, i soggetti*, Milano: Giuffrè, 2002 (2^a ed.), pp. 102 ss.; F. ALCARO, *Diritto Privato*, Milanofiori Assago: Wolters Kluwer CEDAM, 2017 (3^a ed.), pp. 38 ss.; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Milanofiori Assago Padova: Wolters Kluwer CEDAM, 2017 (10^a ed.), pp. 73 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli: ESI, 2017 (18^a ed.), pp. 50 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2017 (8^a ed.), pp. 18 ss.; V. ROPPO, *Diritto Privato*, Torino: Giappichelli, 2018 (6^a ed.), pp. 14 ss.; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2017 (23^a ed.), pp. 19 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Assago Milano Padova: Wolters Kluwer CEDAM, 2017 (48^a ed.), pp. 63 ss.; P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova: CEDAM, 2015 (6^a ed.), pp. 24 ss. Inoltre, per una trattazione monografica dedicata ai principi generali si veda G. ALPA, *I principi generali*, Milano: Giuffrè, 1993, in particolare, cap. 3, par. 3, pp. 105 ss. «*Il ruolo dei principi generali*» e cap. 2, par. 1, «*Dalle regulae ai principi*».

¹⁴ Cfr. A. ALBAMONTE, *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, cit., p. 810. Sul punto N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 13, avverte però la necessità di tenere distinto il principio di apparenza, che offre tutela individuale a fronte di situazioni di apparenza ingannevole per la generalità dei consociati, da quello di affidamento inteso in senso stretto, da intendersi quale tutela individuale della buona fede. Entrambi sarebbero però rientranti nel concetto di affidamento in senso ampio, nel quale l'autrice individua una terza componente, rappresentata dalla pubblicità, con cui l'ordinamento appresta una tutela della generalità dei terzi mediante la predisposizione di indici formali di conoscibilità. Si tratta, dunque, di tre mezzi diversi con cui l'ordinamento cerca di risolvere una situazione di conflitto tra la realtà esteriore come appare e la realtà come in verità è, operanti su tre piani diversi. Un unico obiettivo, raggiunto attraverso tre diversi strumenti, che operano su due diversi piani: «su un piano esclusivamente oggettivo», la pubblicità; «su un piano esclusivamente soggettivo» la buona fede e, dunque, l'affidamento in senso stretto; «su un piano intermedio», oggettivo e soggettivo insieme, il principio di apparenza del diritto. Sull'affidamento si veda, in particolare: R. SACCO, *s.v. Affidamento*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 661-668; V. PIETROBON, *s.v. Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, 1, Roma, 1988. Si veda, inoltre, la trattazione che del principio di affidamento in rapporto al principio di apparenza del diritto viene offerta nei principali manuali istituzionali: F. ALCARO, *Diritto Privato*, cit., pp. 380 ss.; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 386 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 486 ss.; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 55 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 174 ss.; P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 769 (sull'apparenza) e pp. 736, 815 ss. (sull'affidamento). Ancora sul principio di affidamento, ma in relazione alla diversa, seppur connessa, tematica dell'abuso del diritto si veda V. ROPPO, *Diritto Privato*, cit., pp. 75 ss.

¹⁵ Espressione utilizzata da M. FORTINA, *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, in *www.ildiritto.it*, citato da V. ZIRAFÀ, *L'apparenza del diritto: una recente applicazione del principio nell'ambito delle associazioni dilettantistiche sportive (nota a Cass. Civ., 27 gennaio 2015, n. 1451)*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

Già questo iniziale inquadramento dell'*apparentia iuris* quale principio generale¹⁶ impone a chi scrive di pararsi da una prima legittima obiezione che il lettore attento potrebbe sollevare: ossia il fatto di voler riportare un principio generale – nel nostro caso quello dell'apparenza – ad un ordinamento nel quale, a ben vedere, i principi generali come oggi intesi raramente avevano cittadinanza.

Infatti, come da sempre la dottrina¹⁷ insegna e come d'altra parte le fonti ci dimostrano, il diritto romano, soprattutto nel suo periodo di massima fioritura, ossia l'epoca classica, non si preoccupava e non nutriva come ambizione quella di enucleare principi di carattere generale ed astratto. Anzi, la *forma mentis* dei Romani, dove pragmatismo e praticità rappresentano la cifra dominante, non era affatto volta alla ricerca di formule universali, dai confini ampi e in grado di adattarsi a circostanze fra loro omogenee o quantomeno simili. Al contrario, l'atteggiamento rispetto a simili meccanismi di generalizzazione era – com'è stato osservato – connotato da certa «diffidenza»¹⁸. Il loro strumento di lavoro privilegiato era piuttosto la *regula iuris*¹⁹, che come afferma Paolo è una breve narrazione («*Regula est, quae rem*

¹⁶ Sul punto si veda G. CAMISA, *L'apparenza del diritto come principio generale (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 gennaio 1985, n. 484)*, in *Foro pad.*, 40/1 (1985), pp. 315-318. Sulla qualificazione dell'apparenza giuridica come principio generale non tutti, però, concordano: a coloro che, infatti, annoverano l'apparenza come clausola generale, idonea a tutelare i terzi che nella situazione apparente abbiano fatto affidamento in una serie indefinita di casi, non necessariamente espressamente previsti dall'ordinamento, si contrappone la teoria che viceversa ritiene che le ipotesi di apparenza giuridicamente rilevanti siano tipiche e non estendibili in via analogica. Sul punto, ci soffermeremo meglio *infra*.

¹⁷ Si vedano, in particolare, gli storici del diritto romano Pringsheim, Schulz, Bretone.

¹⁸ P. STEIN, *Regulae iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh: University Press, 1966, p. 102.

¹⁹ Peraltro, la dottrina da più parti ricorda che l'espressione «*regula*» non nasce, contrariamente a quanto sarebbe legittimo ipotizzare, nel gergo giuridico, ma al contrario vede la sua genesi nei diversi campi della grammatica e dell'architettura. G. ALPA, *I principi generali* cit., p. 58; M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione della "regula iuris"*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 25 (2002), pp. 187-243 (cfr. in particolare p. 226); P. STEIN, *Regulae iuris* cit., p. 58; e di recente A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino: Giappichelli, 2016, in particolare cap. 2, par. 2 (*Origini e natura delle regulae iuris*), pp. 81 ss., al quale si rinvia per approfondimenti e ulteriore bibliografia. Per il ruolo centrale attribuito al giurista, come voce ricognitiva e spinta creatrice, e sul suo rapporto con il giudice, alla cui pronuncia restava comunque ancorata l'individuazione del diritto vigente applicabile alla singola fattispecie, si veda ancora A. PALMA, *Il luogo delle regole* cit., in particolare, pp. 61 ss. (in particolare par. 8. *Il rapporto tra giudice e giurista*), il quale trattando dello *ius controversum* come espressione dell'artificialità del diritto, rileva come lo stesso prenda vita per mano di due soggetti, il giurista dal un lato e il giudice dall'altro: infatti, «il giudice era colui che governava l'aspetto nomopoietico del

quae est breviter enarrat)²⁰, ossia, per utilizzare una definizione moderna, un «assunto brachilogico», un'espressione breve e concisa, al tempo stesso riassuntiva della fattispecie e della soluzione ad essa relativa. Tuttavia, il fatto che i giuristi romani operino tramite *regulae* non significa che queste nel loro complesso esauriscano e costituiscano l'essenza del diritto romano. Al contrario, il rapporto è invertito: «era l'applicazione del diritto a dover creare la regola, non la regola a creare diritto»²¹, come infatti puntualmente ammonisce il giurista Paolo: «*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*»²².

Ma, come abbiamo cercato di anticipare nelle pagine introduttive, non si vuole qui dimostrare che il principio di apparenza del diritto trovasse già cittadinanza nel diritto romano e tanto meno affermare che i giuristi romani avessero già avviato la sua elaborazione scientifica; piuttosto, il nostro obiettivo sarebbe quello di individuare e rinvenire nell'esperienza giuridica romana tracce di istituti che, attraverso il loro funzionamento e i loro effetti, possano essere ricondotti ad una *ratio* analoga e avvicinabile o paragonabile,

processo romano in rapporto al quale i *prudentes* rappresentavano autorevoli coprotagonisti». Nell'ambito della copiosa letteratura relativa allo *ius controversum*, ci limitiamo a citare: C. BEDUSCHI, *Il «ius controversum» fra razionalità e giustizia*, in *Riv. dir. rom.*, 10 (2010); M. BREONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma: Bardi, 2008; M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55 (2012), pp. 75-124; L. FRANCHINI, *Il problema dell'esistenza di un ius controversum in età arcaica*, in *Diritto e Storia*, 13 (2015), pubblicato in *dirittoestoria.it*; P. GIUNTI, *Ius controversum et separatio bonorum*, Cagliari: Edizioni AV, 1993; W. KRANZ, *Das ius controversum*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 96/2 (1953), pp. 190-191; V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi: atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2012; F. MILAZZO, *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero atti del convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico "G. Boulvert" Copanella, 11-13 giugno 1998*, Napoli: ESI, 2003; A. PALMA, *Lo ius controversum espressione dell'artificialità del diritto*, in *SDHI*, 81 (2015), pp. 45-96; A. PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, Torino: Giappichelli, 2016; R. RUGGIERO, *Il sogno nel cassetto del giurista. "Ius controversum" in una recente memoria lincea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, Bologna: Il Mulino, 2010, pp. 261-270; F. TAMBURI, *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *SDHI*, 77 (2011), pp. 667-681; F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana, I: Cicerone*, Napoli-Roma: ESI, 2013.

²⁰ D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*): «*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*»

²¹ Le espressioni citate sono di G. ALPA, *I principi generali* cit., p. 58.

²² Il passo è sempre D. 50.17.1 (Paul 16 *ad Plaut.*): cfr. *supra*.

per similitudine o, perché no, per contrapposizione, a quelli che ispirano le moderne manifestazioni dell'apparenza del diritto.

Indispensabile, dunque, ai fini della nostra analisi e dello studio che ci proponiamo di compiere è anzitutto l'individuazione della *ratio* che sorregge e giustifica il principio della *apparentia iuris*. Occorre, allora, domandarsi cosa intenda tutelare il legislatore attraverso i diversi istituti che fanno capo al principio dell'apparenza del diritto, il quale trova oggi espressione nei diversi rami del diritto, civile ma anche amministrativo, con inevitabili ricadute e corollari anche nell'ambito del diritto processuale²³. La risposta a tale interrogativo è in verità piuttosto semplice e quasi intuitiva: essa risiede, da un lato, sul piano individuale, nell'esigenza di non trascurare e, anzi, proteggere l'affidamento ingeneratosi in un soggetto proprio a causa dello stato di apparenza; dall'altro, sul piano generale, nella necessità di garantire certezza e stabilità alle relazioni giuridiche, che risulterebbero inevitabilmente compromesse dall'assenza di sicurezza circa il loro esito²⁴. L'ordinamento ha, infatti, ritenuto meritevoli di tutela quelle situazioni in cui, in virtù dello stato di apparenza, possa ragionevolmente sorgere uno stato di incertezza, di confusione o di fraintendimento in merito alla realtà giuridica, tale da determinare una falsa rappresentazione della realtà da parte dei terzi, del tutto incolpevoli.

In tali situazioni sarebbe stato, infatti, irragionevole, illogico o, quantomeno, iniquo far ricadere sui soggetti vittime di tale stato di apparenza le conseguenze del loro comportamento che, con ogni probabilità, se fossero

²³ Come rilevato da M. FORTINA, *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, in www.ildiritto.it, citato da V. ZIRAFÀ, *L'apparenza del diritto: una recente applicazione del principio nell'ambito delle associazioni dilettantistiche sportive (nota a Cass. Civ., 27 gennaio 2015, n. 1451)*, in www.ildirittoamministrativo.it: «Applicato alle sue estreme conseguenze, l'apparenza del diritto fa proprio anche l'ulteriore universo parallelo del diritto processuale, di fatto disgiunto dal diritto sostanziale generalmente inteso». Sulle manifestazioni del principio dell'apparenza del diritto in ambito processualistico si veda *infra*, par. 3.

²⁴ N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 4 rileva che la rilevanza del principio di apparenza giuridica sia fondata su una duplice *ratio*: «sul piano individuale, tutela del terzo; sul piano generale, tutela delle esigenze di speditezza dei traffici giuridici». Analoghe motivazioni si rinvencono anche nella definizione di apparenza resa da A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., pp. 682-683, che fa riferimento ad una «rafforzata tutela dei terzi» resa necessaria dall'«esigenza di rendere più spedite le varie forme di circolazione giuridica dei beni con l'estendersi del commercio e dei traffici e con l'intensificarsi del ritmo dei rapporti economici».

stati in grado di riconoscere la realtà giuridica, avrebbero orientato diversamente.

Il principio dell'*apparentia iuris* si presenta dunque ai nostri occhi come una sorta di 'valvola di sfogo': potremmo, con una metafora automobilistica, intenderlo come una specie di 'airbag', pronto ad esplodere per impedire che gli incidenti causati dalla nebbia dell'apparenza provochino conseguenze lesive e pregiudizievoli. Se al gergo automobilistico si preferisce quello medico-scientifico, si può concordare con chi ritiene che il principio in esame svolga «la funzione vitale di pleura polmonare, evitando che l'inventato e parallelo mondo del diritto astratto sfregi troppo duramente contro la quotidiana vita reale»²⁵. Che si scelga l'una o l'altra definizione, il nucleo centrale non scalfisce e non riduce l'importanza del ruolo ricoperto dal principio dell'apparenza nel nostro ordinamento giuridico.

Quanto, poi, alle origini del principio di apparenza, essa nasce in Germania intorno al XIX secolo (dove è nota come teoria della *Rechtsschein*²⁶), nell'ambito degli studi portati avanti dalla dottrina tedesca sull'istituto della *Gewere*²⁷, in seno al quale era stata elaborata la teoria della

²⁵ Espressione utilizzata da M. FORTINA, *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, in www.ildiritto.it, citato da V. ZIRAFÀ, *L'apparenza del diritto: una recente applicazione del principio nell'ambito delle associazioni dilettantistiche sportive (nota a Corte di Cassazione, sentenza 27 gennaio 2015, n. 1451)*, in www.ildirittoamministrativo.it.

²⁶ Non a caso M. D'AMELIO, *s.v. Apparenza del diritto cit.*, p. 714, nel tratteggiare per primo la definizione di apparenza del diritto, richiama proprio la prospettiva germanica, affermando che «i tedeschi ne esprimono sinteticamente il concetto con la parola *Rechtsschein* e i più audaci sostenitori della dottrina sono pronti ad affermare che *Rechtsschein ist alles*». Quanto all'origine e alla diffusione di tale teoria, N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto cit.*, p. 5 nt. 9, osserva che il primo ad utilizzare il termine *Rechtsschein* fu O. F. GIERKE, *Deutsches privatrecht*, I, Leipzig: Dunker & Humblot, 1895, pp. 187 ss., utilizzando l'espressione «come unico termine per indicare tanto l'apparenza del diritto quanto il diritto apparente e traduzione della *Gewere* in termini dogmatici». Si vedano, inoltre, gli studi di: P. KRÜCKMANN, *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 108/2-3 (1912), pp. 179-434; W. STINTZING, *Besitz, Gewere, Rechtsschein*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 109/3 (1912), pp. 347-435; O. FISCHER, *Sein und Schein im Rechtsleben*, in *Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik*, 49 (1909), pp. 1437-1462; H. A. FISCHER, *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 117/2 (1919), pp. 143-192; P. OERTMANN, *Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 95 (1930), pp. 443-485.

²⁷ E. HUBER, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht: Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern*, Bern: Schmid, Francke, 1894; H. NAENDRUP, *Die Gewere-Theorien*, Münster (Westfalen), 1910. Per un'analisi italiana della elaborazione tedesca si veda, inoltre, R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., pp. 71 ss. Come rilevato dalla dottrina, il *Gewere* non rappresenta però l'unico esempio di traduzione in un istituto giuridico del principio di apparenza, che «consente di considerare le situazioni di fatto

legittimazione formale. In base ad essa, si riteneva efficace un atto compiuto dal terzo con un soggetto non titolare del diritto, laddove si fosse creata una situazione di legittimo affidamento del terzo sulla base di un titolo di formale investitura del soggetto, che creava dunque una situazione di apparente titolarità di un diritto in verità inesistente. Tale formale investitura poteva a sua volta fondarsi su atti di pubblica fede o sulle diverse forme di pubblicità. Il principio di apparenza dunque nel sistema tedesco sorge in rapporto al principio di pubblicità²⁸ – *Publizitätsprinzip*²⁹ – ed è evidentemente ispirato all'esigenza di tutelare la pubblica fede: qui «l'idea di apparenza dunque non solo è compatibile, ma anzi è collegata essenzialmente con l'idea di formalismo». Del tutto diversa, invece, la prospettiva italiana, dove il ricorso all'apparenza, come anticipato, diviene necessario in presenza di «una situazione di buona fede, giustificata da una situazione di fatto oggettivamente capace di trarre in inganno qualsiasi terzo», che si spiega proprio in ragione della «mancanza di un documento o titolo formale» in grado di fugare dubbi e incertezze³⁰. Anzi, è principio consolidato e ribadito anche dalle più recenti pronunce giurisprudenziali quello che esclude l'invocabilità del principio dell'apparenza del diritto e quello, correlativo, del legittimo affidamento, a fronte della predisposizione legislativa di particolari mezzi di pubblicità³¹: in

in virtù di elemento esteriorizzante» (nel caso del *Gewere* il possesso protratto per un anno ed un giorno). Fra gli ulteriori esempi viene annoverato [cfr. P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, 2: *Istituti giuridici*, Torino: Giappichelli, 2018 (3ª ed.), p. 203] anche l'istituto giurisprudenziale, maggiormente recente, della *Verwirkung*, in virtù del quale il mancato esercizio del diritto può comportare la perdita dello stesso.

²⁸ M. BESSONE – M. DI PAOLO, *s.v. Apparenza* cit., p. 1 sottolineano il collegamento tra apparenza, configurata come «una forma sensibile di manifestazione all'esterno della realtà giuridica» e principio di pubblicità: «come la pubblicità consiste in fatti tipici rigorosamente determinati, e che si sovrappongono alla realtà come guida sicura all'azione dei terzi, così anche le apparenze [...] pur consistendo in elementi variabili, costituiscono per il terzo una guida sicura all'azione». Sul punto cfr. anche A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 684 e N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 6.

²⁹ H. MEYER, *Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht*, München: Beck, 1909; K. A. CRISOLLI, *s.v. Publizitätsprinzip*, in *Hw. Rw.*, 4, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 619-624; per il principio di pubblicità nel contesto dell'ordinamento austriaco, si veda, inoltre, A. EXNER, *Das Publizitätsprinzip: Studien zum österreichischen Hypothekenrecht*, Wien: Munz, 1870.

³⁰ Le espressioni virgolettate sono tratte dalle pagine che A. FALZEA ha dedicato all'argomento e che ancora oggi rappresentano un prezioso punto di partenza per lo studio dell'apparenza giuridica: cfr. A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., pp. 684 ss.

³¹ Pertinente, a riguardo, è una recente sentenza della Corte di Cassazione, annotata da D. BRUNO, *Principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento: non invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità* (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 giugno 2016, n.

questo senso può dirsi che la pubblicità costituisca «un limite alla efficacia dell'apparenza»³², quasi che fra le due sussista una sorta di relazione di proporzionalità inversa. Come autorevolmente sostenuto in dottrina, si tratta infatti di «strumenti concorrenti di tutela giuridica di una medesima esigenza pratica»³³, che, in quanto tali, vicendevolmente si integrano e, laddove portati alla loro massima espansione, reciprocamente si escludono.

12273), in *www.salvisjuribus.it*, 2 settembre 2016. Con tale sentenza la Suprema Corte si sofferma sull'applicazione del principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento nell'ambito delle società di capitali soggette al regime di pubblicità legale. La questione da cui i giudici traggono le loro riflessioni attiene ai poteri dei liquidatori di società e alla loro pubblicità, in funzione della proposizione di una domanda di concordato preventivo. Partendo dal rilievo per cui il conferimento di tali poteri è soggetto a particolari formalità, anche pubblicitarie, la cui effettiva e concreta sussistenza, dunque, risulta verificabile sulla base della ordinaria diligenza, la Corte si interroga circa la possibile valenza, nei confronti di terzi, degli atti posti in essere da un soggetto privo del relativo potere. In merito a tale questione, i giudici hanno escluso qualsiasi potere dei liquidatori ulteriore ed esorbitante rispetto all'ordinario esercizio dell'attività di liquidazione (quale quello di predisposizione e deposito di una domanda di concordato preventivo), dal momento che a riguardo l'art. 2487 bis c.c. impone l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di nomina, che assolve funzione di pubblicità costitutiva. Per tali ragioni, trattandosi di poteri il cui conferimento richiede particolari formalità e la cui esistenza è, di conseguenza, agevolmente accertabile con l'uso dell'ordinaria diligenza, ha ritenuto di dover escludere la buona fede in capo a chi abbia fatto erroneamente affidamento sulla sussistenza di un simile potere, senza però preoccuparsi di effettuare i dovuti accertamenti, possibili alla luce del regime di pubblicità anzidetto. Il principio dell'affidamento che l'ordinamento contempla a favore dei terzi, non risulta infatti invocabile ed applicabile da quanti non abbiano conformato alla dovuta diligenza la propria condotta, come accade per coloro che abbiano omesso di verificare, attraverso un'ispezione del registro imprese, l'effettiva sussistenza dei poteri in capo ai liquidatori. Per chiarire al meglio i termini della questione e la soluzione accolta dalla Corte, riteniamo opportuno riportare la massima con cui la sentenza annotata ha confermato, peraltro, il principio già precedentemente accolto nella sentenza della Cass. Civ., sez. I, n. 10297 del 3 marzo 2010 (dep. 29 aprile 2010): «Il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento, traendo origine dalla legittima e quindi incolpevole aspettativa del terzo di fronte ad una situazione ragionevolmente attendibile, ancorché non conforme alla realtà, non altrimenti accertabile se non attraverso le sue esteriori manifestazioni, non è invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la consistenza effettiva dell'altrui potere, come accade nel caso di organi di società di capitali regolarmente costituiti», la cui istituzione ed i relativi poteri sono soggetti ad un preciso regime pubblicitario che assolve funzioni finanche costitutive. La Corte ha però aggiunto, in parziale deroga al principio affermato, che «tuttavia, anche in tale ipotesi, il principio dell'affidamento può essere invocato, qualora il potere sulla cui esistenza si assume di aver fatto incolpevolmente affidamento possa sussistere indipendentemente dalla sua regolamentazione statutaria e possa essere conferito per determinati atti e senza particolari formalità».

³² Così si esprimono Mario Bessone e Massimo Di Paolo, ribadendo come tale principio trovi puntuale riscontro nell'orientamento giurisprudenziale che esclude che il principio di apparenza possa essere invocato quando la situazione che si pretende apparente sia in contrasto con situazioni giuridiche risultanti dalla pubblicità legale. Per i riferimenti alle sentenze da cui viene estrapolato il principio in esame, si rinvia a M. BESSONE – M. DI PAOLO, *s.v. Apparenza* cit., p. 3.

³³ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. CICU – F. MESSINEO (diretta da), 14, Milano: Giuffrè, 1957, pp. 264-265: «la c.d. apparenza può assumere la funzione di mezzo complementare, là dove la pubblicità si attua pienamente e compiutamente, deve escludersi ogni autonoma tutela dell'apparenza, comunque venga intesa».

Proprio il diverso fondamento e, soprattutto, la differente funzionalizzazione del principio dell'apparenza nei diversi ordinamenti, tedesco e italiano, spiegherebbe perché nel primo la stessa abbia subito una tendenziale perdita di importanza, essendo rimasta assorbita all'interno del principio di pubblicità, a differenza del secondo, in cui invece l'istituto ha progressivamente visto accrescere la propria fortuna e ampliarsi il proprio ambito applicativo³⁴. Anzi, probabilmente può affermarsi – come in effetti è stato sostenuto – che la diffusione e il successo della dottrina dell'apparenza del diritto del nostro ordinamento sono conseguenza proprio di un sistema di pubblicità, rivelatosi carente ed inidoneo a consentire il sicuro accertamento dell'effettivo *status quo*³⁵.

Proprio su quest'ultimo punto, ossia sull'introduzione, l'evoluzione e la progressiva affermazione del principio di apparenza in Italia, la dottrina ha rilevato come, ad un'iniziale diffidenza nei confronti del principio in esame, sia seguito poi un suo «franco ed integrale accoglimento», con conseguente superamento e abbandono delle precedenti teorie della tutela dell'aspettativa e del possesso dei diritti³⁶, alle quali si era fatto inizialmente ricorso per offrire

³⁴ A. FALZEA, s.v. *Apparenza* cit., p. 685. si veda, inoltre, P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato* cit., p. 205, il quale rileva come la teoria dell'apparenza penetrò in Italia, nei codici civili prima del 1865 e poi del 1942, veicolata anche dall'inserimento al suo interno di alcune norme che dell'apparenza costituivano espressa applicazione, rappresentando il precipitato storico di quelle contenute nel *Code Napoleon* francese. A coglierne l'importanza e a percepirne dunque per primo il contenuto fu Mariano D'Amelio, allora presidente della Corte di Cassazione, il quale elaborò una nozione generale di apparenza, che ancora oggi costituisce un imprescindibile punto di partenza per chi intenda studiare l'argomento, non a caso confluita nel *Nuovo* e poi nel *Nuovissimo Digesto Italiano*, alla quale non possiamo non fare rinvio: M. D'AMELIO, s.v. *Apparenza del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, 1, Torino: UTET, 1957, pp. 714-719; e prima ID., *L'apparenza del diritto nella giurisprudenza francese*, in *Monitore dei Tribunali*, 75 (1934), pp. 641-643.

³⁵ Tale circostanza era già stata intuita da M. D'AMELIO, s.v. *Apparenza del diritto* cit., p. 719, il quale rilevava che l'apparenza «è una dottrina ispirata dalla realtà della vita e dalle condizioni imperfette del nostro sistema pubblicitario nel diritto». Ad avviso dell'autore, infatti, la dottrina dell'apparenza avrebbe avuto «fortuna a causa del difettoso sistema di pubblicità contenuto nel sistema legislativo», in quanto «dove non è facile sincerarsi sulla realtà di certe situazioni giuridiche, è necessario proteggere la buona fede di chi ha scambiato l'apparenza per realtà e si è regolato di conseguenza. Dove, invece, la legge coi sistemi di pubblicità pone il contraente nella condizione di accertarsi del vero stato delle cose, non è necessario elevare a principio giuridico la massima che l'essere sta nel parere». L'intuizione di D'Amelio è stata, poi, ripresa anche dalla dottrina successiva: cfr. M. BESSONE – M. DI PAOLO, s.v. *Apparenza* cit., p. 3, secondo cui «le fortune della dottrina dell'apparenza del diritto nel nostro ordinamento scaturiscono dall'insufficienza del sistema di pubblicità».

³⁶ Sulle teorie dell'aspettativa e del possesso dei diritti si vedano: G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa, Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Bologna (letta il 7 marzo 1900)*, Bologna: Zanichelli, 1900 (= *Opere giuridiche*, 2: *Studi sui diritti reali e sulle*

risposta alle nuove istanze di certezza del diritto e dei traffici giuridici, nonché di garanzia di stabilità delle relazioni commerciali. Esigenze, queste ultime, alle quali – come rilevato dalla dottrina che si è occupata di studiare il fenomeno anche in una prospettiva comparativista³⁷ – si era cercato di offrire risposta nei diversi paesi in base a teorie e principi diversi, quali i *principles of equity* nei paesi di *common law* e il principio dell'«errore comune» in Francia³⁸. Quest'ultimo principio, tradizionalmente riassunto dalla massima «*error communis facit ius*», è stato definito come «l'opinione errata della collettività», «la convinzione generale in forza della quale tutti ritengono che lo stato di fatto corrisponde allo stato di diritto». In questa sede è, inoltre, interessante notare che la dottrina, per spiegare tale principio, ha fatto ricorso ad un esempio, tratto da un brano di Ulpiano contenuto nel Digesto e riferito alla vicenda di Barbario Filippo (*Philippus Barbarius*): uno schiavo che, celando la sua condizione servile, era riuscito ad accedere alla magistratura pretoria e ad esercitarla per lungo tempo³⁹.

D. 1.14.3 (Ulp. 38 *ad Sab.*)

Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praetoram petiit et praetor designatus est. Sed nihil ei

trascrizioni, le successioni, la famiglia, Roma: Athenaeum, 1920, pp. 159-180); E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma: Athenaeum, 1915 (1^a ed.), Milano: Giuffrè, 1968 (2^a ed.); G. BRINI, *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano (rist. anast. Roma, 1906)*, Roma: Giorgio Bretschneider Editore, 1978.

³⁷ Cfr. in particolare M. D'AMELIO, *s.v. Apparenza del diritto cit.*, pp. 714 ss.; A. FALZEA, *s.v. Apparenza cit.*, p. 683; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato cit.*, pp. 201 ss.

³⁸ Sul principio dell'errore comune si veda: H. MAZEAUD, *La maxime 'error communis facit ius'*, in *Rev. trim. droit civ.*, 23 (1924), pp. 929-964; e, inoltre, L. CREMIEU, *De la validité des actes accomplis per l'héritier apparent*, in *Rev. trim. droit civ.*, 9 (1910), pp. 39-82; nonché, tra la dottrina italiana: M. BESSONE, *Errore comune e affidamento nella disciplina del contratto (nota a Cass. Civ., sez. III, 29 aprile 1965, n. 773)*, in *Foro it.*, 1 (1966), pp. 1572-1585.

³⁹ La definizione di «errore comune» citata e il riferimento al caso di *Philippus Barbarius* contenuto nel brano ulpiano sono di M. D'AMELIO, *s.v. Apparenza del diritto cit.*, p. 716, il quale ammonisce circa la necessità di non confondere il principio dell'*error communis* con la dottrina dell'apparenza del diritto. Mentre, infatti, nel primo caso è l'errore comune stesso a trarre in inganno le persone di buona fede, indipendentemente dal contegno o comportamento del soggetto cui l'errore si riferisce, nell'apparenza del diritto è proprio tale comportamento ad essere rilevante, in quanto causativo dell'inganno del terzo. Sulla vicenda di Barbario Filippo, «schiavo fuggitivo diventato pretore», si vedano anche A. GUARINO, *La pretura di Barbario Filippo*, in *ANA*, 99 (1988), pp. 273-278; G. POMA, «*Servi fuggitivi*» e schiavi magistrati in età triumvirale, in *Index*, 15 (1987), pp. 149-174. Il caso di *Philippus Barbarius* «nominato pretore sebbene schiavo» è menzionato anche da R. SACCO, *s.v. Apparenza, cit.*, p. 353, il quale lo identifica come caso – per quanto «isolato e assai peculiare» – di apparenza nell'ambito del diritto romano.

servitutem obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. Et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? An fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? Et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperatore observandum est.

2. Le articolazioni del principio dell'apparenza del diritto: classificazioni dottrinali, fattispecie legislative e orientamenti giurisprudenziali.

2.1. Le due tipologie di *apparentia iuris*: apparenza pura e apparenza colposa.

Finora abbiamo cercato di ricostruire i connotati fondamentali del principio dell'*apparentia iuris*, ripercorrendo le definizioni che dello stesso sono state prospettate, cogliendone la *ratio* nonché, da ultimo, individuandone l'origine storica e la successiva evoluzione nei diversi contesti in cui lo stesso si è affermato. Avendo, quindi, tracciato le linee fondamentali in cui inquadrare il principio che ci interessa, occorre adesso completare la trattazione attraverso l'esposizione delle articolazioni interne allo stesso, che hanno portato gli autori a distinguere l'apparenza in due fondamentali sottocategorie. Dopodiché, tracciata questa differenza, prenderemo brevemente in considerazione le varie fattispecie legislative espressione del principio di apparenza, che preludono al problema, di non pacifica soluzione, della loro tipicità o, viceversa, dello loro estendibilità in via analogica, su cui tanto gli interpreti, in dottrina e in giurisprudenza, hanno soffermato la loro attenzione.

Posta la definizione generale del principio di apparenza del diritto e individuata la *ratio*, occorre infatti subito aggiungere che all'interno di tale generica categoria la dottrina prevalente suole individuare due distinte forme di

apparenza giuridica, distinguendo l'apparenza «pura» o, altrimenti definita, oggettiva, dall'apparenza cosiddetta «colposa».

Fra queste, la prima si verifica nei casi, espressamente previsti e disciplinati dalla legge, in cui la situazione apparente risulta da circostanze oggettive, univoche e in ogni caso non imputabili alla condotta di alcun soggetto.

Rientrano in questa prima categoria di apparenza gli istituti dell'erede apparente (o meglio, le convenzioni a titolo oneroso con questo stipulate in buona fede ex art. 534 c.c.) e del pagamento al creditore apparente, previsto e disciplinato all'articolo 1189 del nostro codice civile⁴⁰.

La seconda tipologia di *apparentia iuris*, invece, non prevista espressamente dal codice ma di creazione giurisprudenziale⁴¹, è così definita in quanto originata da un comportamento appunto «colposo» di un soggetto, il quale, col proprio agire, ha determinato lo stato di apparenza, ingenerando confusione e fraintendimento nei terzi. Per la sussistenza di un'apparenza colposa, è richiesta, quindi, oltre all'oggettiva apparenza della situazione giuridica e all'errore scusabile del terzo, che abbia ragionevolmente fatto affidamento nella veridicità di quanto ai suoi occhi appare, anche un comportamento doloso o quantomeno colposo da parte di colui – spesso il titolare effettivo del diritto – che abbia determinato o contribuito a determinare l'errore del terzo⁴². Con l'ulteriore conseguenza che chi sia stato cagione dell'errore scusabile sarà tenuto, in diversa maniera, a rispondere nei confronti del terzo caduto in errore a causa dello stato di apparenza così determinato.

⁴⁰ Sulle figure dell'erede apparente e del creditore apparente ci soffermeremo in dettaglio nel proseguo della trattazione: vedi *infra* cap. 2 (per quanto concerne l'erede apparente) e cap. 3 (in merito al pagamento al creditore apparente e alla sua distinzione rispetto alla diversa figura dell'*adiectus solutionis causa*). Ulteriori casi di apparenza pura riconosciuti dal legislatore sono individuati da M. BESSONE – M. DI PAOLO, *s.v. Apparenza* cit., p. 3 i quali in particolare vi includono: l'acquisto della proprietà per usucapione decennale (art. 1159 c.c.), gli atti compiuti dal mandatario prima di conoscere l'estinzione del mandato (art. 1729 c.c.) e le annotazioni sul libretto di deposito a risparmio firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio (art. 1835 c.c.).

⁴¹ Il principale esempio di questa seconda categoria di apparenza giuridica è costituito dal rappresentante apparente, meglio noto come *falsus procurator*, sul quale ci soffermeremo più avanti (cfr. *infra*: cap. 4). Sul tema dell'apparenza colposa, si veda inoltre: D. MINUSSI, *Un singolare orientamento della Cassazione sull'apparenza colposa (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020)*, in *Corr. giur.*, 7/2 (1993), pp. 826-833.

⁴² M. BESSONE – M. DI PAOLO, *s.v. Apparenza* cit., p. 3.

L'autore dell'apparenza sarà, infatti, per la stessa responsabile e, dunque, subirà gli effetti, anche sfavorevoli, che ad essa conseguono.

Questa seconda tipologia, a differenza della prima, non è rinvenibile nel dettato codicistico essendo di creazione giurisprudenziale. Nonostante ciò essa opera in una pluralità di situazioni, la principale delle quali si rinviene indubbiamente in tema di rappresentanza apparente⁴³. In questo caso, come avremo modo di vedere meglio, colui che agisce e pone in essere atti come se fosse un vero rappresentante – ossia colui che in gergo giuridico viene normalmente indicato con il nome di *falsus procurator* – risponderà del suo operato, posto che gli effetti giuridici, derivanti dalla sua condotta, ricadranno sul medesimo.

Ciò che emerge dalla enucleazione di queste ulteriori figure di apparenza, che abbiamo qualificato come «colpose», è la tendenza della giurisprudenza ad accentuare e sottolineare «l'aspetto soggettivo e individualizzante»⁴⁴, da un duplice punto di vista: sia quello del soggetto a cui svantaggio l'apparenza opera, dato che la creazione dello stato di apparenza idoneo ad ingenerare l'errore del terzo deve essere a lui imputabile, in quanto determinato dal suo comportamento, *lato sensu* inteso; sia di quello del soggetto a cui vantaggio l'apparenza opera, dal momento che a questo, al contrario del primo, non deve essere addebitabile alcuna colpa: l'errore in cui egli incorre deve essere un errore del tutto giustificabile alla luce della situazione di fatto, un errore in cui sarebbe potuto cadere chiunque, nonostante l'uso dell'ordinanza diligenza e, come tale, scusabile.

2.2. Le principali applicazioni dell'apparenza del diritto e la loro estendibilità in via analogica: verso il superamento della tipicità e l'affermazione di un principio generale di apparenza.

⁴³ Anche per quanto riguarda la rappresentanza apparente e la figura del *falsus procurator* rinviamo alle pagine che seguono, in particolare al capitolo IV, nel quale si cercherà di inquadrare l'istituto citato e di rintracciarne le origini storiche nell'ambito del diritto romano attraverso lo studio delle fonti tramandateci dai giuristi latini.

⁴⁴ Così si esprime N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 23 nel sintetizzare la distinzione tra i due significati del principio di apparenza: quella pura, enucleata dalla dottrina e tipizzata nelle fattispecie legali citate, e quella colposa, di matrice giurisprudenziale.

La prospettata distinzione tra apparenza pura e apparenza colposa, che in certo modo riproduce ed esprime il diverso atteggiamento e la diversa risposta che rispetto al problema dell'*apparentia iuris* è stata offerta in dottrina e giurisprudenza, ci pone davanti ad un quesito fondamentale ma estremamente problematico, sul quale gli interpreti continuano tuttora ad interrogarsi: l'apparenza del diritto può considerarsi un principio generale del diritto?

Al riguardo, la nostra opinione non è rimasta a lungo nascosta, dal momento che già nelle prime pagine non abbiamo esitato a definire l'apparenza come un principio. Il che, peraltro, ci ha imposto di motivare la scelta di ricercarne il fondamento nel sistema giuridico di Roma antica, che con l'enucleazione di principi generali aveva, come già chiarito, se non assoluta estraneità, quanto meno scarsa familiarità, privilegiando un approccio casistico, maggiormente conforme alla mentalità pragmatica e, potremmo dire, di «*problem solving*» propria del diritto romano⁴⁵.

Tuttavia, in quel contesto abbiamo anche avvisato, rinviando ad un momento successivo la trattazione del problema, che la qualificazione dell'apparenza alla stregua di un *principium iuris* è stata – ed in parte è ancora – tutt'altro che pacifica.

È giunto dunque adesso il momento di tornare brevemente sull'argomento, per poi passare a trattare un ultimo aspetto che qui preme chiarire, ossia quello del confronto e della distintone dell'apparenza rispetto ad ulteriori figure ed istituti giuridici ad essa affini.

La questione relativa alla possibilità di elevare il principio di apparenza nel mondo celeste dei principi giuridici è connessa al problema, che in un certo senso rappresenta il risvolto della medaglia, della tassatività delle ipotesi di apparenza previste e disciplinate dal diritto o, viceversa, della possibilità di un'applicazione analogica a casi che, pur diversi e non espressamente contemplati, condividano con esse la *eadem ratio*.

⁴⁵ Cfr. *supra*. Sull'asserito pragmatismo dell'esperienza giuridica di Roma antica e sul «se i giuristi romani fossero davvero 'più concreti', e in qual senso» si veda l'intervento di L. LANTELLA, *La concretezza dei Romani come fatto e come valore*, in *Index*, 5 (1974-1975), pp. 24-29, nonché le successive pagine (pp. 30-37), che riportano le considerazioni conclusive dei professori Giuseppe Grosso (pp. 30-35) e Filippo Gallo (pp. 35-37), esposte al termine dell'ampio dibattito che chiuse il «colloquio camerte sulla concretezza della giurisprudenza romana», con interventi di Ignazio Buti, Luigi Capogrossi Colognesi, Mario Caravale, Pier Giovanni Caron, Settimio Di Salvo, Luigi Labruna.

In merito a tale problema, il quale, proprio per i relevantissimi risvolti pratici che origina, è stato già in passato definito come il «più importante di tutta la dottrina dell'apparenza», diverse sono state le opinioni nel tempo susseguitesì. L'atteggiamento maggiormente diffuso in dottrina, soprattutto negli anni passati, manifestava una certa ostilità all'allargamento dei confini del principio di apparenza e alla sua conseguente applicabilità anche al di là delle ipotesi legislativamente previste⁴⁶. Il fenomeno era, infatti, considerato dai più come uno «*jus singulare*», come «una deviazione dai principii ammessa dal legislatore *utilitatis causa*», che, proprio in virtù della sua eccentricità ed eccezionalità, doveva rimanere rigidamente circoscritta alle ipotesi *ex lege* individuate. Al contrario, una generalizzata sostituzione dell'apparenza alla realtà avrebbe provocato un inquinamento o addirittura un «avvelenamento» del sistema, aprendo le porte ad orizzonti che travalicano il diritto vigente e che la dottrina non ha esitato a definire di «futurismo giuridico»⁴⁷.

Pur non essendo mancate alcune aperture rispetto alla possibilità dell'utilizzo dell'*analogia iuris* in ordine all'apparenza e alla sua formulazione in termini di principio generale, un contributo decisivo a riguardo è pervenuto, più che dalla voce della dottrina, dagli interventi della giurisprudenza, che attraverso le sue pronunce ha determinato in via di fatto un ampliamento del campo applicativo e dell'ampiezza della teoria dell'apparenza.

⁴⁶ Particolarmente ostile al riconoscimento di un principio generale di apparenza del diritto è G. STOLFI, *L'apparenza del diritto* cit., pp. 35, 37, 40; sulla stessa linea si pone A. VERGA, *Osservazioni in tema di apparenza* cit., pp. 195 ss. Fortemente critica anche l'opinione di L. COVIELLO, *La rappresentanza dei non concepiti e la buona fede dei terzi* (nota a Cass. Civ., sez. I, 22 maggio 1931), in *Foro it.*, 1 (1932), pp. 1315-1320; nonché quella di A. TORRENTE, *In tema di procura apparente* (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 dicembre 1957, n. 4703), in *Foro it.*, 1 (1958), pp. 391-392. Per ulteriori riferimenti a posizioni affini a quelle citate, si rinvia alle indicazioni bibliografiche offerte da A. FALZEA, s.v. *Apparenza* cit., p. 699 nt. 65.

⁴⁷ L'espressione «futurismo giuridico» per descrivere il fenomeno dell'apparenza è stata coniata da L. COVIELLO, *La rappresentanza dei non concepiti e la buona fede dei terzi*, cit., p. 1318, cui si riferiscono anche le altre citazioni *supra* riportate: «L'art. 933 quindi rappresenta una deviazione dai principii ammessa dal legislatore *utilitatis causa*, e trattasi pertanto di *jus singulare* in cui l'apparenza sostituisce la realtà, ma ci sembra assurdo volere costruire sulla base di esso una dottrina generale sull'apparenza giuridica, che col pretesto della protezione delle aspettative dei terzi, finirebbe con l'autorizzare ogni spoliazione dei legittimi proprietari. Ciò potrà costituire *futurismo giuridico*, ma non è conforme al diritto vigente». La qualificazione dell'apparenza alla stregua di un autentico «veleno», capace di inquinare irreversibilmente la costruzione del nostro sistema giuridico è, invece, propria di A. TORRENTE, *In tema di procura apparente*, cit., p. 392, il quale, temendo una sovversione del regime di pubblicità legale, mette in guardia dal «veleno che si può nascondere nella bonaria teoria dell'apparenza: perfino passar sopra sulla necessità della forma scritta stabilita *ad substantiam*».

Fra le diverse materie in cui si è mossa la giurisprudenza, una che ricopre particolare importanza, soprattutto per le non marginali implicazioni sul piano economico e patrimoniale che può comportare, si è registrata nell'ambito del diritto commerciale, attraverso il riconoscimento delle figure dell'imprenditore apparente e, soprattutto, della società apparente⁴⁸, come distinta dalla società di fatto, da quella simulata e da quella occulta⁴⁹. Senza poter scendere nel merito

⁴⁸ In tema di società apparente, società di fatto e società occulta numerosi sono i contributi dottrinali, tra i quali ci limitiamo a ricordare: C. ANGELICI, *s.v. Società di fatto ed irregolare*, in *Enc. giur. Treccani*, 29, Roma, 1993; C. ANGELICI, *s.v. Società apparente*, in *Enc. giur. Treccani*, 29, Roma, 1993; W. BIGIARI, *Società occulta, società palese, società apparente (Audizione e legittimazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2 (1957), pp. 528-586; A. BUTERA, *Sull'apparenza del diritto, con riguardo agli acquisti dei terzi in mala fede dalle anonime fittizie*, in *Foro it.*, 4 (1934), pp. 73-81; V. E. CALUSI, *Apparenza del diritto e società commerciali (note critiche)*, in *Dir. fall.*, 32/1 (1957), pp. 270-286; A. CICU, *Simulazione di società commerciali (nota a App. Milano, 27 dicembre 1934)*, in *Riv. dir. comm.*, 34/2 (1936), pp. 141-153; F. DE MARCO, *Rappresentanza e legittimazione processuale nelle società di persone (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 febbraio 1953, n. 514)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 156-158; ID., *Società di fatto e apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 1953, n. 1185)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 179-181; ID., *In tema di società occulta (nota a Cass. Civ., sez. I, 10 aprile 1953, n. 937)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 124-128; ID., *Rapporti interni e manifestazioni esteriori nelle società di fatto (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 aprile 1953, n. 971)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 473-474; ID., *Società occulta ed esteriorizzazione verso i terzi (nota a Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 1953, n. 1474)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/5 (1953), pp. 59; F. M. DOMINÈDO, *Le anonime apparenti: nuovi problemi nel diritto delle società*, in *Studi Senesi*, 45 (1931), pp. 225-315; F. FERRARA, *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 2 (1956), pp. 650-671; V. FRANCESCHELLI, *In tema di società di fatto e di società apparente (nota a decr. Trib. Milano, 19 giugno 1976)*, in *Giurisprudenza commerciale: società e fallimento*, 5/2 (1978), pp. 149-169; F. GALGANO, *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale*, in *Contr. impr.*, 3/3 (1987), pp. 702-724; F. GALGANO, *s.v. Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enc. giur. Treccani*, 16/1, Roma, 1989; E. HEINITZ, *Apparenza del diritto e simulazione di società (nota a Cass. Civ. 28 luglio 1943)*, in *Riv. dir. comm.*, 43/2 (1945), pp. 63-69; F. PESTALOZZA, *La società occulta nella vecchia e nella nuova legge (nota a Trib. Milano, 10 dicembre 1949)*, in *Riv. dir. comm.*, 48/2 (1950), pp. 221-237; G. ROMAGNOLI, *Società occulta, società apparente ed esigenze equitative*, in *Le Società*, 18/1 (1999), pp. 35-40; V. SALANDRA, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 30/1 (1932), pp. 290-314; G. SCALONE, *Esteriorizzazione del vincolo sociale e sua influenza sul processo formativo della società*, in *Banca borsa*, 14/2 (1951), pp. 291-297; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano: Giuffrè, 1981; P. SPERA, *La società di fatto: recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano: Giuffrè, 2008; M. VACCHIANO, *Il fallimento della società di fatto*, Milano: Giuffrè, 2004. Sul tema si vedano anche le osservazioni di A. FALZEA, *s.v. Apparenza cit.*, pp. 700-701; M. BESSONE – M. DI PAOLO, *s.v. Apparenza cit.*, p. 5; N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto cit.*, pp. 79 ss.

⁴⁹ Si utilizza l'espressione «società apparente» per qualificare il comportamento di due o più persone che, pur non essendo legate da un vincolo sociale, operano all'esterno come se lo fossero, ingenerando il convincimento circa la loro natura di soci. Diverso è il concetto di «società di fatto», che rappresenta una *species* rientrante nel *genus* delle società irregolari, cioè le società non iscritte nel registro delle imprese. In particolare, la «società di fatto» si fonda o su un accordo soltanto verbale, o anche sul comportamento concludente dei soci. Entrambe devono, poi, essere distinte dalla «società simulata», che è soltanto parzialmente sovrapponibile a quella apparente, tanto che qualcuno ritiene che sia una *species* di questa. Infatti, nella «società simulata» si verifica una situazione di apparenza, che però è realizzata e voluta dagli stessi soci, che stipulano un contratto di società del quale non desiderano gli effetti. Infine, istituto ancora diverso è la «società occulta», nella quale il vincolo sociale è

del problema, affascinante ma estremamente complesso, ci limitiamo ad osservare che rispetto alla società apparente, il cui presupposto sarebbe la cosiddetta «esteriorizzazione» di un vincolo sociale in verità inesistente, la giurisprudenza è giunta a risultati rilevanti. Sempre in un'ottica di tutela dell'affidamento dei terzi, che in questi casi assumeranno per lo più la veste di creditori, ha affermato la responsabilità di coloro che si comportano e si presentano all'esterno come soci per le obbligazioni contratte in nome della società apparente, come se essa realmente esistesse; nonché, in taluni casi – non senza incontrare l'opposizione della dottrina – ha ritenuto assoggettabile a fallimento sia la società apparente, sia il socio apparente eventualmente presente in una società palese.

Accanto a questa, ulteriori esempi di applicazione in via analogica della teoria dell'apparenza giuridica si sono registrati con riferimento a due ulteriori ambiti attorno ai quali si snodano le relazioni giuridiche e spesso le controversie fra privati, quali quello dei titoli di credito e, di recente, anche quello condominiale, attraverso il riconoscimento della figura del condominio apparente⁵⁰.

Ora, se l'emersione di tali nuove figure di apparenza, ulteriori rispetto a quelle individuate dal legislatore e tipizzate nel codice, rivela indubbiamente un'apertura da parte dei giudici a riconoscere nell'apparenza un canone generale dell'ordinamento, occorre tuttavia parimenti rilevare che il campo di azione della giurisprudenza si è però sempre mantenuto entro i confini di

effettivamente esistente, però non viene manifestato all'esterno, in quanto i soci si sono accordati per mantenerlo segreto. Quest'ultima ipotesi, dunque, è opposta rispetto a quella della «società apparente»: infatti, nella prima all'esterno opera una persona fisica, che ha alle spalle una società, nella seconda, invece, il soggetto apparentemente agente è la società, la quale però giuridicamente non esiste.

⁵⁰ Sul condominio apparente si era posta la questione della legittimazione passiva al pagamento delle spese condominiali, in merito alla quale la giurisprudenza aveva manifestato orientamenti diversi. La soluzione del contrasto giurisprudenziale *de quo* è giunta con la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 5035 dell'8 aprile 2002, la quale ha escluso l'operatività in materia di condominio del principio dell'apparenza e, conseguentemente, riconosciuto l'obbligo di pagamento delle spese condominiali solo in capo al condominio effettivo e non a quello che appaia tale. Si riporta, per chiarezza, il principio accolto dalle Sezioni Unite, il quale peraltro è stato costantemente ribadito dalle successive pronunce in materia: «in caso di azione giudiziale dell'amministratore del condominio per il recupero della quota di spese di competenza di una unità immobiliare di proprietà esclusiva, è passivamente legittimato il vero proprietario di detta unità e non anche chi possa apparire tale» (Cass. Civ., Sez. Un., sent. 8 aprile 2002 n. 5035, par. 9). Per un'analisi della pronuncia e, più in generale, della questione relativa al condominio apparente si rinvia al capitolo 10 (intitolato proprio «*Il condomino apparente*») della monografia di N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., pp. 131 ss.

quella che abbiamo definito come apparenza colposa e non si è mai spinto ad ipotizzare fattispecie di apparenza pura, ulteriori e diverse rispetto a quelle tipizzate dal codice.

Se, dunque, l'atteggiamento prudente e oculato delle Corti impone in certo modo di ridimensionare l'entusiasmo di fronte alle aperture dianzi segnalate, una simile cautela non può certo essere soggetto di biasimo neppure da parte di quanti, come chi scrive, accolgano con favore la prospettiva del riconoscimento di un principio generale di apparenza. Infatti, anche nell'affermare l'opportunità di ampliare oltre i casi tipici, occorre sempre guardarsi dal rischio di oltrepassare il limite e scadere in un utilizzo smodato e ultroneo, piegando il principio di nuovo conio anche rispetto a fattispecie o istituti rispetto ai quali non si manifesterebbe l'esigenza, disponendo gli stessi già di un compiuto disciplinamento ad opera del nostro diritto positivo⁵¹.

Riteniamo, dunque, che con favore possa essere salutata la tendenza verso la concessione di cittadinanza nel nostro ordinamento al principio dell'*apparentia iuris*⁵², a patto che dello stesso se ne effettui un utilizzo attento e ponderato, indirizzato alla luce dei principi – quelli sì innegabilmente fondamentali e universali – di moderazione e ragionevolezza, che sempre devono orientare l'azione dell'interprete e dell'operatore giuridico.

3. Il principio di apparenza nel diritto processuale.

3.1. Il principio di apparenza e la prevalenza della sostanza sulla forma.

Nel tentativo di delineare in maniera sintetica, ma quanto più possibile completa, l'ambito applicativo del principio dell'*apparentia iuris*, occorre

⁵¹ Questa è l'opinione anche di A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 701: «la legittimità del principio non può tuttavia autorizzare impieghi incauti, specie in relazione a fattispecie che trovano già nella nostra legge una compiuta disciplina». Questo il motivo per cui egli ritiene «azzardato» il richiamo al principio di apparenza operato dalla giurisprudenza in tema di mandato e di circolazione dei titoli di credito.

⁵² La tendenza al riconoscimento dell'apparenza come *principium iuris* è dimostrata anche dal fatto che oramai pressoché tutti i manuali istituzionali di diritto civile e privato dedicano pagine specifiche alla sua trattazione, affrontata in via generale e non semplicemente nell'ambito dell'esposizione dei singoli istituti che ne costituiscono diretta espressione.

rilevare come detto principio non trovi cittadinanza esclusivamente con riferimento al diritto sostanziale, ma anzi possa trovare spazio anche in quel diverso campo, che rispetto a quest'ultimo si pone come complementare e strumentale, rappresentato dal diritto processuale.

Anche in questo caso, pur trattandosi di un settore diverso e regolato dai suoi propri principi, il motore che mette in moto la macchina dell'apparenza è il medesimo: la certezza delle soluzioni giuridiche, da un lato, e il legittimo e incolpevole affidamento dei terzi, dall'altro⁵³.

Un problema di certezza e di affidamento potrebbe porsi, ad esempio, nell'ipotesi, portata all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione⁵⁴, di errore circa l'identità del provvedimento emanato dal giudice: in particolare, qualora il giudice emetta un provvedimento qualificandolo erroneamente come sentenza, laddove trattasi invece di ordinanza. Ora, è chiaro che il fatto che il provvedimento sia emesso in veste di sentenza, e dunque che lo stesso appaia agli occhi del destinatario come una sentenza (e non come un'ordinanza) mette in moto evidentemente tutta una serie di meccanismi, primo fra tutti quello impugnatorio, i cui effetti e il cui svolgimento saranno evidentemente conseguenza proprio di quella particolare apparenza. È, infatti, evidente che le facoltà spettanti al destinatario di un provvedimento, *in primis* quella di impugnare, saranno connesse e si attingeranno in maniera diversa a seconda della tipologia di atto e, dunque, non saranno certo le stesse a seconda che si tratti di sentenza o di ordinanza.

A riguardo, il rischio di un simile errore nell'emanazione del provvedimento finale, oggi indubbiamente ridotto a seguito del cosiddetto «decreto di semplificazione dei riti»⁵⁵, non era in passato così infrequente,

⁵³ La Suprema Corte, in modo lineare, evidenzia come «le esigenze di certezza dei rimedi impugnatori» sono da preferire «rispetto a quelle sostanziali e contenutistiche».

⁵⁴ Cassazione Civile, Sez. Un., sentenza 11/01/2011 n. 390.

⁵⁵ Il «decreto di semplificazione dei riti» è il nome con cui viene comunemente individuato il D. Lgs. 01/09/2011, n. 150 (G.U. 21/09/2011), recante «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69». Il decreto, in attuazione della delega attribuita dal legislatore con la legge 69/2009, ha realizzato la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione rientranti nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario ma regolati da leggi speciali, riconducendoli sostanzialmente ai tre modelli unitari previsti dal codice di procedura civile, ossia: il modello principale rappresentato dal rito ordinario di cognizione (titolo I e titolo III del libro II c.p.c.); il rito, maggiormente rapido e snello, relativo alle controversie in materia di rapporti di lavoro

stante l'elevato numero di riti processuali previsti. Infatti, fino a non troppi anni fa non rappresentava un'eventualità troppo remota il fatto che un certo procedimento si concludesse con una sentenza, quando invece, in virtù della specialità della materia e del relativo rito, il corretto provvedimento avrebbe dovuto essere un'ordinanza. Tale circostanza avrebbe dunque innescato, come reazione a catena, una serie di conseguenze, anche a livello impugnatorio: a fronte di una sentenza sfavorevole, infatti, il soccombente avrebbe con ogni probabilità deciso di proporre appello, a ciò ragionevolmente legittimato proprio dalla qualificazione del provvedimento come sentenza data dal giudice autore del provvedimento.

Tuttavia, è altrettanto evidente che, guardando alla sostanza dell'atto, che pur avendo *nomen* di sentenza aveva natura di ordinanza, la facoltà di proporre appello avrebbe dovuto essere negata, essendo questa ammissibile soltanto avverso le sentenze e, viceversa, esclusa per le diverse tipologie di provvedimenti aventi natura di ordinanza.

Ora, da quanto appena detto risulta evidente che la prospettata questione, che potrebbe *prima facie* essere considerata uno sterile problema di nomenclatura, è in realtà per i terzi coinvolti nella decisione foriera di conseguenze giuridiche non di poco momento. Infatti, laddove si ritenga di dover dare prevalenza al *nomen iuris* e dunque, di 'dare per buona' la qualificazione del provvedimento come data dal giudice, a prescindere dalla natura di ordinanza o di sentenza, l'eventuale appello proposto dal soccombente potrà considerarsi ammissibile e, laddove accolto, portare ad una revisione nel merito della decisione in un successivo grado di giudizio. Al

(sezione II, capo I, titolo IV del libro II c.p.c.); e, infine, il nuovo rito sommario di cognizione (capo III-bis, titolo I del libro IV, art. 669-bis ss. c.p.c.), recentemente introdotto ad opera della stessa legge 69/2009. Il decreto, in particolare, ha inteso porre un argine al fenomeno di proliferazione dei modelli processuali che aveva connotato l'evoluzione normativa dei decenni precedenti, che, pur animata dal nobile intento di garantire celerità a determinate categorie di processi, in virtù del loro peculiare oggetto, aveva originato notevoli difficoltà di interpretazione e di classificazione dei giudizi per gli operatori giuridici, con conseguente rischio di duplicazione dei medesimi e relativo allungamento dei tempi di definizione, finendo così per alimentare proprio quel fenomeno che la stessa era preordinata a ridurre e risolvere. Il proposito del legislatore, come emerge dal nome attribuito al decreto «di semplificazione dei riti», mira ad attuare un'inversione di tendenza rispetto al passato, attraverso un'opera di razionalizzazione e semplificazione della legislazione speciale, sostituita da un unico testo normativo che – come è stato rilevato – si porrebbe in rapporto di continuità e complementarità rispetto al codice di procedura civile e, in particolare, al libro IV, di cui dovrebbe rappresentare la sostanziale prosecuzione.

contrario, laddove si ritenga di dover assegnare priorità alla sostanza di ordinanza, rispetto alla veste formale di sentenza, l'unico rimedio esperibile avverso il provvedimento a sé sfavorevole sarà il ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 della nostra Costituzione, con conseguente inammissibilità dell'appello eventualmente proposto⁵⁶.

Ora, è evidente che la soluzione della questione prospettata è conseguenza diretta della posizione che si scelga di assumere rispetto alla questione, ben più ampia e generale, dei rapporti e della relativa priorità tra «forma» e «sostanza», o, potremmo dire, tra «apparenza» e «realtà». Infatti, se si scelga di dare prevalenza alla prima, è chiaro che dovrà aversi riguardo esclusivamente al *nomen iuris* del provvedimento, dal quale discende inevitabilmente e senza margini di ampliamento, la relativa disciplina. Al contrario, laddove si opti per una tesi sostanzialistica, che avvalori la reale natura del provvedimento in luogo della sua «etichetta», la soluzione sarà evidentemente di tenore opposto.

Sul punto, pur nell'impossibilità in questa sede di approfondire debitamente i termini del problema, tutt'altro che di facile soluzione, ci limitiamo a rilevare che la tendenza della giurisprudenza pare collocarsi in quest'ultima prospettiva, focalizzando sull'effettivo contenuto e sulla reale essenza dei provvedimenti, a scapito della loro formalizzazione in termini di sentenza piuttosto che di ordinanza. Tuttavia, ciò non toglie che in talune

⁵⁶ Come, infatti, rileva la giurisprudenza (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sent. 11.01.2011 n. 390), l'eventuale errore del giudice che chiami «sentenza» un provvedimento che in verità era un'ordinanza, determinerà di fatto un «allargamento dell'esercizio dei diritti di azione e difesa» a favore della parte soccombente, in quanto tale, interessata all'impugnazione. Ciò naturalmente a scapito della controparte che, essendo esposta ad un'impugnazione che, in relazione alla natura reale del provvedimento, avrebbe dovuto essere preclusa, vedrà allungarsi i tempi di definizione della vicenda che la coinvolge. Tuttavia, secondo la Cassazione, il bilanciamento di interessi fra questi due valori in gioco, da un lato, la celere e rapida definizione del giudizio e, dall'altro, il principio «affidabilità e di certezza dei rimedi impugnatori», deve risolversi a favore di questi ultimi, la cui lesione darebbe luogo ad un pregiudizio inaccettabile. Pregiudizio che, sempre secondo i giudici, non si correrebbe nel caso opposto, in cui il giudice chiami per errore «ordinanza» un provvedimento che avrebbe in verità dovuto qualificare come «sentenza», dal momento che in questo caso la facoltà di appello, erroneamente ed ingiustamente preclusa dalla veste di ordinanza, può essere recuperata attraverso l'esperimento del mezzo di impugnazione straordinario concesso dal comma 7 dell'art. 111 Cost. avverso tutti i provvedimenti aventi contenuto decisorio («Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.»).

ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto opportuno seguire il principio opposto, scegliendo di far prevalere l'apparenza rispetto alla reale essenza dell'atto⁵⁷. Alla base di tali decisioni vi è la volontà di non sanzionare attraverso una pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione il soggetto che abbia incolpevolmente proposto la medesima, ritenendosi a ciò ragionevolmente legittimato sulla base del tipo di provvedimento emesso dal giudice. Si presuppone, infatti, che il destinatario della sentenza, *quisque de populo*, debba poter fare affidamento sulla corretta qualificazione della stessa da parte del suo autore, *magister iuris*. Non sarebbe giusto, infatti, addossare al ricorrente l'onere di controverifica circa la reale natura del provvedimento emanato, essendo ciò, oltre che impensabile, inesigibile da parte di un soggetto privo delle dovute competenze giuridiche. Per queste ragioni, questa giurisprudenza reputa che il legittimo affidamento risposto nella correttezza della soluzione giuridica emanata debba essere tutelato: tale tutela, in particolare, viene rinvenuta nel mantenimento della veste formale ed exteriorizzata del provvedimento e nella sua prevalenza rispetto all'essenza effettiva ma nascosta dell'atto. Ciò significa, dunque, che se i giudici hanno qualificato come sentenza un atto, avente reale natura di ordinanza, tale errore non potrà andare a scapito di colui che avverso quel provvedimento abbia proposto appello, proprio confidando nella natura di sentenza, dai giudici dichiarata, dell'atto

⁵⁷ Questa risulta essere la soluzione con cui si è, infine, conclusa la vicenda che ha originato la pronuncia della Cassazione nella sentenza *supra* citata. In quello specifico caso, infatti, la decisione della Corte di Cassazione è andata in direzione diametralmente opposta rispetto a quella della Corte di Appello, la quale – peraltro concordemente al giudice di primo grado – aveva ritenuto che, nonostante il *nomen* di sentenza il provvedimento emanato era in realtà «una ordinanza sostanziale», conseguentemente non appellabile, ma esclusivamente ricorribile in Cassazione. Disattendendo tale ricostruzione, la Suprema Corte avvalora e avvala, invece, la tesi prospettata dal ricorrente, soccombente nei due gradi precedenti di giudizio, il quale sosteneva che ad essere determinante fosse la veste e dunque la rappresentazione data dai giudici del provvedimento in termini di sentenza, in quanto proprio tale rappresentazione aveva indotto il destinatario della stessa ad agire in una determinata maniera. In altre parole, l'erronea rappresentazione del provvedimento in termini di sentenza, anziché di ordinanza, aveva ingenerato nelle parti, e soprattutto in quella soccombente, il ragionevole ed incolpevole convincimento di trovarsi di fronte ad una sentenza, inducendo così la stessa a proporre il mezzo di impugnazione a ciò preordinato, e cioè appello. Chiara risulta dunque l'assimilazione rispetto al meccanismo proprio dell'apparenza giuridica e, infatti, analoga è la soluzione accolta dai giudici di legittimità: non può essere sanzionato colui che abbia incolpevolmente fatto affidamento su una certa situazione di diritto, pur non sussistente, ma apparente in base a circostanze oggettive e univoche. Nel caso di specie dunque il provvedimento manterrà la veste di sentenza, pur in un certo senso usurpata, e l'appello avverso la medesima dovrà reputarsi ammissibile, in quanto in tal caso dovrà essere la forma – e dunque l'apparenza – a prevalere sulla sostanza.

impugnato. Il principio che qui opera, dunque, è ancora una volta, pur nel diverso ambito processuale, quello dell'*apparentia iuris*: una situazione in verità non sussistente, ma apparente tale in base a circostanze univoche, potrà produrre gli stessi effetti della situazione di diritto di cui porta la veste, laddove ciò sia necessario a tutelare la posizione dei terzi che in base a tale situazione di apparenza abbiano orientato il proprio comportamento. L'errore in cui sono incorsi, purché incolpevole, sarà dunque scusato e, proprio in virtù di tale scusabilità, analogamente a quanto avviene per le fattispecie di diritto sostanziale, si potrà assumere di accordare prevalenza alla «apparenza/forma» rispetto alla «realtà/sostanza».

3.2. L'apparenza nel processo attraverso la *fictio iuris*.

Il ricorso all'apparenza nell'ambito processuale e l'attribuzione ad essa, in tale contesto, di una qualche rilevanza giuridica, emerge poi anche in ulteriori ipotesi, attraverso un istituto – proprio del diritto, sostanziale e processuale, moderno e antico – al quale si è da sempre fatto ricorso per estendere la tutela a situazioni non strettamente ricadenti nella fattispecie come normativamente concepita: l'istituto in questione è quello della *fictio iuris*⁵⁸.

Con il termine «finzione giuridica»⁵⁹ il diritto individua quel peculiare «espediente tecnologico»⁶⁰ attraverso il quale è possibile consentire

⁵⁸ Sulla *fictio iuris* si vedano i seguenti riferimenti: V. COLACINO, *s.v. Fictio iuris*, in *Noviss. Dig. It.*, 7, Torino: UTET, 1968, pp. 269-271; G. ACCARDI-PASQUALINO, *s.v. Fictio iuris*, in *N. Dig. It.*, 16, Torino: UTET, 1938, pp. 1104-1105; S. PUGLIATTI, *s.v. Finzione*, in *Enc. dir.*, 17, Milano: Giuffrè, 1968, pp. 658-673; G. MACCHIARELLI, *s.v. Fictio iuris (concetto razionale e positivo della)*, in *Enc. giur. it.*, 6/2, Milano: Società editrice libraria, 1903, pp. 538-573, soprattutto cap. 2, par. 2-3, pp. 541-545 (relative alla *fictio iuris* nel diritto romano, rispettivamente nelle *legis actiones* e nel diritto pretorio), cap. 3, par. 7, pp. 548-549 (finzione ed atto apparente), cap. 5 par. 1, pp. 559-561 (presunzione e finzione). Per un approfondimento sul tema della *fictio iuris*, inoltre, merita segnalare il volume curato da Francesca Brunetta d'Usseaux, contenente una serie di saggi dedicati alla finzione giuridica e alle relative implicazioni nei diversi ambiti del diritto: F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002. Per quanto concerne nello specifico il significato dell'espressione *fictio iuris*, occorre fare riferimento al contributo di A. D'ANGELO, *Note sulla voce "fictio iuris" negli antichi dizionari giuridici*, ivi contenuto (pp. 107-116).

⁵⁹ A. GAMBARO, *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 8, Torino: UTET, 1992, pp. 342-353; G. TUZET, *Finzioni giuridiche e letterarie: è possibile una teoria unificata?*, in *Dossier diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, in M. P. MITTICA (a cura di), *Atti del Primo Convegno Nazionale*, Bologna, 27-28 maggio 2009, pp. 50-75, pubblicato on line negli ISLL-Papers: ISLL – Italian Society for Law and Literature, 2010; e, inoltre, le belle pagine di H. KELSEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung*

l'applicazione di una determinata fattispecie giuridica in ipotesi che astrattamente non ricadrebbero in tale ambito operativo, sia per la mancanza di requisiti, giuridici o fattuali, legislativamente richiesti, sia per la presenza di ulteriori elementi che rendono quella fattispecie concreta incompatibile con quella astratta sotto la quale si intenderebbe sussumerla. Può tuttavia accadere che, pur in presenza di tali difformità rispetto al modello legale, possa risultare opportuno sul piano pratico operare un'estensione della tutela e dunque un ampliamento della disciplina astrattamente non applicabile anche a quella specifica ipotesi. Proprio per venire incontro a tali esigenze di tipo pratico l'ordinamento – fin dalle sue origini – ha escogitato un peculiare meccanismo, attraverso il quale si opera una sorta di alterazione della realtà, fingendo che la stessa sia diversa da come in verità è. Ciò può avvenire, peraltro, in una duplice direzione: o fingendo che sia vero o avvenuto un fatto che in verità non si è mai verificato o è avvenuto diversamente da quanto si assume; o, nell'ipotesi diametralmente opposta, facendo finta che non sia mai avvenuta una circostanza la cui esistenza è nota e provata. Nel primo caso si parlerà, dunque, di finzione «positiva», in quanto avente ad oggetto l'affermazione di un fatto, che viene positivizzato e introdotto nella realtà giuridica, nonostante la sua assenza dalla realtà fattuale; nel secondo caso, invece, si porrà in essere una finzione «negativa», che – con meccanismo speculare rispetto a quello appena descritto come proprio della finzione positiva – si traduce nella negazione dei fatti come realmente verificatisi, attraverso l'elisione dalla realtà giuridica di un dato esistente nella realtà fattuale.

von Vaihingers *Philosophie des Als-Ob*, 1919, tr. it. *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, in ID., *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, traduzione e introduzione a cura di A. CARRINO, Napoli: ESI, 1988, pp. 235-265. Sul tema della *fiction iuris*, inoltre, meritano specifica menzione gli scritti di: C. A. CANNATA, *Finzioni*; A. FALZEA, *Riflessioni sulla fiction iuris*; L. LOMBARDI VALLAURI, *Il fictum nel diritto*; tutti contenuti nel volume di F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, cit., rispettivamente a pp. 43-48; pp. 117-134; pp. 149-157.

⁶⁰ La qualificazione della finzione come «espediente tecnologico» è di Carlo Augusto Cannata, il quale la utilizza in apertura del suo saggio per mettere in luce la natura dell'istituto, che non riveste alcuna funzione gnoseologica, ma si caratterizza come strumento meramente tecnico. Più precisamente, l'autore così si esprime: «La finzione non è uno strumento dommatico: essa non reca in sé alcun apporto conoscitivo; suppone la padronanza tecnica della realtà giuridica, ma non contribuisce alla sua conoscenza. Si tratta di un puro espediente tecnologico.» (C. A. CANNATA, *Finzioni*, cit., p. 43).

Attraverso questa cosciente alterazione della realtà si opera un riallineamento tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, che tuttavia è possibile soltanto grazie ad un disconoscimento della difformità tra realtà giuridica e realtà storica, ossia – per riprendere la dialettica a noi cara – tra *ius* e *factum*. Attraverso la finzione, infatti, si viene a creare una nuova realtà giuridica, nella quale può realizzarsi ciò che non potrebbe verificarsi in base alla realtà naturale: così il fatto non conforme a *ius* produrrà le stesse conseguenze giuridiche di quello che perfettamente si attaglia alla fattispecie, che dunque proprio attraverso la *fictio* vedrà ampliato il suo ambito applicativo⁶¹.

Verità e finzione in questo modo avranno la medesima efficacia e, anzi, la seconda troverà espressione proprio fintantoché la prima non risulta perfettamente integrata⁶².

⁶¹ Talvolta la finzione viene configurata alla stregua di un procedimento analogico. Tuttavia, tra finzione ed analogia non sussiste una perfetta sovrapponibilità, stante la diversa natura e finalità che separa i due istituti. Il meccanismo proprio dell'analogia, infatti, in quanto procedimento logico interpretativo con cui è possibile colmare una lacuna dell'ordinamento giuridico attraverso l'applicazione della disciplina prevista per un caso simile, non prevede alcuna finzione, ma semplicemente la presa di coscienza della mancanza di un'espressa disciplina e la sua integrazione attraverso l'estensione di quella dettata per materie analoghe. Il presupposto della analogia dunque è la similitudine tra due situazioni, che giustifica l'applicazione all'una della disciplina prevista per l'altra. Diverso, invece, è il fondamento della finzione, che opera estendendo il regime giuridico ad una fattispecie che è carente sotto un qualche profilo, di cui si finge l'esistenza, pur nella consapevolezza della sua carenza. Per lo stesso motivo l'analogia deve essere tenuta distinta anche dall'interpretazione estensiva: mentre, infatti, la finzione prende le mosse da una circostanza che si sa essere falsa, l'interpretazione estensiva invece parte da un fatto reale e ne estende l'ambito applicativo ad una situazione ulteriore che presenta la medesima *ratio*. È chiaro, dunque, che i rimedi consistenti nell'analogia e nell'interpretazione estensiva impattano in modo meno aggressivo sulle regole dell'ordinamento, semplicemente allargandone le maglie, in modo più o meno ampio, mentre la finzione fa saltare del tutto la gabbia della fattispecie. Per questo motivo fra i diversi rimedi dovrà accordarsi preferenza ai primi due e, soltanto laddove questi non siano in grado di venire in soccorso rispetto al vuoto di disciplina creatosi, potrà farsi ricorso allo strumento maggiormente «eversivo» rappresentato dalla *fictio*. Sui rapporti fra analogia ed apparenza si veda R. GAMBINO, *Il principio dell'apparenza: analogia iuris o creazione giurisprudenziale?*, in *Foro pad.*, 49/1 (1994), pp. 329-333. Per quanto concerne, poi, l'analogia intesa come strumento retorico, a sua volta compreso nella figura della *similitudo*, merita citare il recente studio di A. ARNESE, *La similitudo nelle Institutiones di Gaio*, Bari: Cacucci, 2017.

⁶² Questo è quanto intendono significare i noti brocardi «*fictio [iuris] idem operatur, quod veritas*» («la finzione del diritto opera ugualmente che a verità») «*fictio [iuris] cessat, ubi veritas locum habere potest*» («la finzione del diritto finisce quando la verità può avere luogo»), non a caso citati da L. DE MAURI, *Regulae juris: raccolta di 2000 regole del diritto eseguita sui migliori testi, con l'indicazione delle fonti, schiarimenti, capitoli riassuntivi e la versione italiana riprodotta dai più celebri commentatori testo adottato nelle università*, Milano: Hoepli, 1928 (ristampa 2004), pp. 92 ss., a cui appartengono le traduzioni tra parentesi.

Tale difformità, è evidente, viene falsamente ma coscientemente baypassata e accettata in forza di un fine pratico, che l'ordinamento riconosce meritevole di tutela al pari di quello proprio della situazione conforme alla fattispecie legale.

Ora, questo peculiare meccanismo giuridico viene utilizzato sia nell'ambito del diritto sostanziale che nell'ambito, ad esso parallelo e strumentale, del diritto processuale⁶³. Ciò comporta che, dal punto di vista soggettivo, autori della finzione potranno essere sia l'organo legislativo che quello giudiziario.

Numerose sono infatti le situazioni in cui, già al momento della redazione della legge, è verosimile ipotizzare una difficoltà di accertamento del reale svolgersi dei fatti: cosicché a tale criticità potrà decidere di rispondere, *ab origine*, il legislatore, attraverso l'introduzione, già nella legge che disciplina l'istituto, di una finzione – che non di rado poi si traduce a sua volta in una presunzione⁶⁴ – che legittima in via legislativa l'estensione del regime

⁶³ Sull'utilizzo della finzione nell'ambito del processo si vedano in particolare: F. CIPRIANI, *Le finzioni nel processo civile* e M. TARUFFO, *Osservazioni su finzioni giuridiche e processo civile*, entrambi contenuti in BRUNETTA D'USSEAU F. (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, rispettivamente pp. 89-106 e pp. 221-233. Nel contesto del medesimo volume, inoltre, merita menzionare il contributo, sempre attinente all'utilizzo giudiziale della *fictio*, di: P. CHIASSONI, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, pp. 59-87.

⁶⁴ L'intima connessione tra finzione, da un lato, e presunzione, dall'altro, è attestata anche da L. DE MAURI, *Regulae juris* cit., pp. 92 ss., che alla voce «finzione» (*fictio*) opera un rinvio interno alla voce «presunzione» (*vide et praesumptio*). L'autore, peraltro, si premura di delineare la differenza tra i due istituti, la quale viene individuata nel fatto che «mentre per la prima si ammette il contrario di ciò che è reamente successo o non successo», la seconda suppone ciò che ordinariamente suole avvenire». Con l'ulteriore conseguenza che, mentre per la presunzione «è ben possibile [...] una riprova», salvo che questa poi sia considerata ammissibile (presunzione relativa) o meno (presunzione assoluta) da parte dell'ordinamento, per la finzione viceversa ciò non risulta praticabile. Diverso è anche il fondamento dei due istituti: infatti, mentre la presunzione trae origine da circostanze reali, le quali vengono plasmate attraverso la tecnica giuridica per rispondere alle esigenze del caso concreto, la finzione non trova invece alcun aggancio nel mondo reale, creandone anzi appositamente uno fittizio. Diverso, dunque, è il livello di deformazione della reale, il quale nella presunzione viene soltanto forzato, in modo più o meno rilevante, trasformando in verità ciò che sarebbe soltanto probabile (ma neppure da escludere in radice); lo scostamento dal vero è invece radicale nella finzione, la quale crea una verità artificiale, dando per buona una realtà che si sa per certo non sussistere. In questo modo, mentre la deduzione opera mediante un procedimento tipicamente logico-deduttivo, che da un fatto noto ne desume uno ignoto, nella finzione invece il meccanismo è creativo-sostitutivo, dal momento che essa crea una nuova realtà (che si sa «falsa»), sostituendola alla realtà «vera». Con l'ulteriore risvolto che, proprio perché la finzione opera dando per buono un dato che si sa essere falso, contro la stessa non è consentito addurre una controprova, differentemente da quanto avviene rispetto alle presunzioni, quantomeno quelle relative (*iuris tantum*). Volendo riassumere in due formule la distinzione tra i due istituti, possiamo riprendere le parole di Edoardo Dieni, il quale «*elegantemente definit*» la

giuridico proprio di quel peculiare istituto anche ad ipotesi in cui lo stesso non risulterebbe astrattamente applicabile. Ciò è quanto avviene per esempio nell'ipotesi della presunzione di commorienza⁶⁵, introdotta proprio per sopperire all'impossibilità di stabilire, in maniera certa ed inconfutabile, la priorità cronologica di verifica tra i diversi eventi cui si ha riguardo.

Altre volte l'ordinamento introduce una finzione al fine sanzionare la mala fede con cui un soggetto abbia agito e, specularmente, di tutelare la buona fede e l'affidamento che la controparte abbia riposto nell'altrui correttezza. Tale ipotesi ricorre, ad esempio, in materia di condizione, la quale viene considerata come avverata laddove il soggetto portatore di un interesse contrario al suo avveramento abbia in mala fede impedito o anche solo ostacolato l'avverarsi del fatto condizionante. In questo caso, infatti, l'ordinamento ha introdotto appositamente, positivizzandola all'art. 1359 c.c.⁶⁶,

fictio come «*in re certa, contra veritatem, sine intentione celandi adversionem veritati, exclusa probatione contrarii, assumptio*» e, dall'altro, la *praesumptio* come «*in re non certa, sine intentione, si casus ferat, celandi adversionem veritati, exclusa probatione contrarii, assumptio*» (cfr. E. DIENI, *Finzioni canoniche: dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 146). Anche se il *discrimen* tra le due diviene evanescente nel caso in cui la presunzione sia riguardata come assoluta (*iuris et de iure*), dal momento che in questo caso «è noto che il fatto assunto come vero non è vero» (E. DIENI, *Finzioni canoniche* cit., p. 216) e lo stesso non è confutabile attraverso una prova contraria, con il risultato che in tali ipotesi è chiaro che – così il commento contenuto in “*Et si omnes...*”: *scritti in onore di Francesco Mercadante*, F. LANCHESTER – T. SERRA (a cura di), Milano: Giuffrè, 2008, p. 45 – «la presunzione sconfina nella finzione». Per un approfondimento sulla nozione di presunzione, si vedano le seguenti voci enciclopediche: V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 13, Torino: UTET, 1968, pp. 765-766 e ID., *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 13, Torino: UTET, 1968, pp. 766-772; F. COPPOLA, s.v. *Presunzione*, in *Dig. It.*, 19/1, Torino: UTET, 1909-1912, pp. 863-893; M. TARUFFO, s.v. *Presunzioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 27, Roma, 1991.

⁶⁵ La «commorienza» è disciplinata dal nostro codice civile all'art. 4, che così recita: «Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento». Detta presunzione opera, normalmente, quando sussiste incertezza in ordine alla sopravvivenza di un soggetto rispetto all'altro, che può spesso verificarsi allorquando le stesse siano venute a mancare a causa di un unico evento o nell'ambito del medesimo contesto, come non di rado purtroppo accade in occasioni di incidenti stradali. In tali ipotesi, stante l'impossibilità di stabilire con certezza la scansione temporale degli eventi, l'ordinamento sceglie di intervenire attraverso una parziale alterazione del vero, al fine di consentire la produzione degli effetti giuridici a tale situazione connessi. Ci pare opportuno ricordare che all'istituto della commorienza nell'ambito dell'esperienza giuridica del diritto romano ha dedicato uno specifico studio R. LAMBERTINI, *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Milano: Giuffrè, 1984.

⁶⁶ La disciplina relativa all'«avveramento della condizione» è prevista dall'art. 1359 c.c.: «La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa». È appena il caso di ricordare che, stante il tenore della norma, riferita espressamente al solo caso in cui una delle parti abbia in mala fede

una *fictio*, la cosiddetta «finzione di avveramento della condizione»⁶⁷, con la quale il reale andamento dei fatti viene sostituito da una realtà fittizia, che consente la produzione del relativo effetto giuridico e la realizzazione della connessa tutela.

Lo stesso meccanismo può poi verificarsi non *ab initio*, al momento del confezionamento legislativo della fattispecie astratta, ma successivamente, allorquando sia necessario risolvere una controversia in ambito processuale. In questo caso il fenomeno di cosciente distorsione della realtà attraverso la finzione sarà operato dal giudice, il quale potrà fare ricorso alla finzione, ancora una volta spesso celata all'interno di una presunzione⁶⁸, con la quale

ostacolato l'avverarsi della condizione, la dottrina si è interrogata se la stessa sia tuttavia estendibile anche all'ipotesi opposta, ossia al caso in cui l'agire scorretto della parte abbia non impedito, ma anzi determinato il prodursi della condizione. Sul punto i più ritengono che, avvalorando la *ratio* sottesa alla norma, volta a tutelare l'interesse del contraente in buona fede, può ritenersi che il meccanismo previsto dall'art. 1359 c.c. sia in quest'ultima ipotesi parimenti operante. Per completezza occorre, inoltre, rilevare che un'ulteriore estensione dell'ambito applicativo della norma in questione è stata operata dalla giurisprudenza, la quale ha precisato che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede deve essere rispettato in ogni caso, compresa l'ipotesi in cui al contratto le parti abbiano apposto una condizione mista (sul punto cfr. Cass. Civ. Sez. Un. 19 settembre 2005, n. 18450), limitatamente alla parte non rimessa alla volontà del contraente. Infatti, la finzione di avveramento non si applica in caso di condizione potestativa, in quanto la libertà di scelta che connota questo tipo di condizione mal si concilierebbe con l'obbligo di comportamento imposto dall'art. 1359 c.c. Non mancano, tuttavia, indirizzi di segno opposto, sostenuti da chi ritiene che neppure quando l'avveramento o il non avveramento della condizione sia rimesso alla volontà della parte questa possa sottrarsi al rispetto del dovere di correttezza di cui all'art. 1358 c.c., da considerarsi alla stregua di un canone generale, universalmente applicabile e, dunque, tale da far scattare, in caso di sua violazione, la sanzione rappresentata dalla finzione di avveramento.

⁶⁷ Per un'analisi della finzione di avveramento della condizione nell'ambito del diritto romano si veda lo studio, a ciò specificamente dedicato, di U. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, 4, Milano: Giuffrè, 1978, pp. 631-632.

⁶⁸ Le presunzioni si inquadrano, come noto, all'interno dei mezzi di prova previsti dal nostro ordinamento civilistico e la loro disciplina è contenuta nel titolo II (*Delle prove*) libro sesto del codice civile. In particolare, ad esse è dedicato il capo IV (rubricato appunto «*Delle presunzioni*»), il cui primo articolo pone proprio la nozione dell'istituto: art. 2727 c.c. (*Nozione*): «Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato». Agli articoli seguenti il codice delinea, poi, l'ulteriore distinzione, all'interno dell'istituto, tra presunzioni legali (art. 2728 c.c.) e presunzioni semplici (art. 2729 c.c.). Come reso evidente dal nome, le presunzioni legali sono così denominate poiché trovano la loro fonte nella legge e, a loro volta, possono essere assolute o relative, a seconda che contro le stesse sia ammessa (presunzioni relative o *iuris tantum*) o meno (presunzioni assolute o *iuris et de iure*) prova contraria. Accanto alle presunzioni legali è possibile poi individuare un'ulteriore categoria di presunzioni, cosiddette semplici, le quali non sono contemplate dalla legge, bensì sono rimesse al prudente apprezzamento del giudice; queste ultime, però, assurgono a mezzi di prova, utilizzabili nell'ambito del processo, soltanto – come richiesto dall'art. 2729 c.c. – laddove siano gravi, precise e tra loro concordanti. Ci limitiamo qui a considerare che secondo parte della dottrina l'affiancamento, operato dal codice, dei due diversi istituti sotto l'unitaria categoria della *praesumptio* non sarebbe del tutto proprio, dato che soltanto le presunzioni semplici rappresentano mezzi di prova in senso

sarà possibile individuare la risposta giuridica rispetto al caso prospettato e garantire così tutela alle esigenze di certezza ed effettività, che potrebbero altrimenti in certi casi risultare compromesse.

Un chiaro esempio di applicazione del meccanismo della finzione a livello processuale è individuabile nella cosiddetta «confessione fittizia» (*ficta confessio*)⁶⁹, che produce un effetto sfavorevole a carico di chi rifiuti di rispondere o abbia omesso, senza addurre un giustificato motivo, di presentarsi a rendere il giuramento decisorio o l'interrogatorio formale.

In particolare, quanto alla prima ipotesi, l'art. 239 c.p.c.⁷⁰ stabilisce che la mancata comparizione o la mancata risposta della parte cui il giuramento decisorio è deferito – e parimenti di quella avversaria cui sia eventualmente riferito – determina *ipso iure* la soccombenza in ordine alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è ammesso.

Il secondo caso è, invece, disciplinato dall'art. 232 c.p.c.⁷¹, che nell'ambito dell'interrogatorio formale contempla l'ipotesi in cui la parte da interrogare non compaia dinanzi al giudice o, se comparsa, rifiuti di rispondere senza giustificato motivo. Anche qui la legge realizza un'equiparazione

stretto, dal momento che incidono sulla prova dei fatti in giudizio, a differenza di quelle legali, che semplicemente dettano una regola per la ripartizione dell'onere probatorio tra le parti, attore e convenuto.

⁶⁹ Per un approfondimento circa la natura e l'inquadramento dogmatico della *ficta confessio*, si vedano le voci di: E. SILVESTRI, *s.v. Confessione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 3, Torino: UTET, 1988, pp. 422-431; V. ANDRIOLI, *s.v. Confessione. Diritto processuale civile*, in *Noviss. Dig. It.*, 4, Torino: UTET, 1968, pp. 10-25 (particolarmente p. 14: ammissione e *ficta confessio*); identico nei contenuti al precedente: V. ANDRIOLI, *s.v. Confessione (civile)*, in *N. Dig. It.*, 3, Torino: UTET, 1938, pp. 762-776 (cfr. in particolare p. 765); C. LESSONA, *s.v. Confessione (materia civile)*, in *Dig. It.*, 8/1, Torino: UTET, 1896, pp. 787-841 (si veda in particolare il capo IV, della confessione tacita o presunta, pp. 817-826, a sua volta diviso in tre paragrafi, nei quali l'autore ricostruisce il concetto e il fondamento della confessione tacita, i suoi requisiti e, infine, i relativi effetti). Si vedano anche: W. D'AVANZO, *s.v. Confessione*, in *Enc. giur.*, 3/2 (sez. 4), Milano: Società editrice libraria, 1936, pp. 667-720 (in particolare par. 58, pp. 708 ss.); C. FURNO, *s.v. Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, 8, Milano: Giuffrè, 1961, pp. 870-916 (in particolare p. 871); L. P. COMOGLIO, *s.v. Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 8, Roma, 2007, pp. 1-9 (in particolare par. 3.5 mancata risposta e *ficta confessio*, pp. 7-8).

⁷⁰ Art. 239 c. 1 c.p.c. – *Mancata prestazione*: «La parte alla quale il giuramento decisorio è deferito, se non si presenta senza giustificato motivo all'udienza all'uopo fissata, o, comparendo, rifiuta di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe rispetto alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è stato ammesso; e del pari soccombe la parte avversaria, se rifiuta di prestare il giuramento che le è riferito.»

⁷¹ Art. 232 c. 1 c.p.c. – *Mancata risposta*: «Se la parte non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il collegio, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio.»

giuridica tra la mancata risposta o comparizione, da un lato, e l'ammissione, dall'altro, autorizzando il giudice a ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio, pur nel quadro di una valutazione complessiva che tenga conto di ogni altro elemento di prova. Peraltro, proprio quest'ultimo aspetto viene rimarcato da parte della dottrina, che sottolinea come in verità in tale ipotesi la mancata presentazione della parte o il rifiuto di rispondere non comportino un'automatica *fictio* confessoria, attribuendo semplicemente al giudice un potere di valutazione discrezionale: quest'ultimo è, infatti, tenuto a considerare ogni altro elemento di prova per trarne il suo convincimento circa la verità o meno dei fatti oggetto dell'interrogatorio⁷².

Gli esempi appena accennati confermano, dunque, che la finzione è un meccanismo che il diritto predispone al fine di risolvere situazioni giuridiche contraddistinte da problemi di certezza ed effettività. L'utilizzo di un simile strumento, certamente presente nella maggior parte dei sistemi giuridici moderni, non era estraneo neppure all'esperienza giuridica antica. Anche il diritto romano, infatti, ne conobbe l'applicazione, particolarmente diffusa nell'ambito del diritto onorario⁷³. La finzione era, infatti, un tipico meccanismo di diritto pretorio, che si inseriva fra gli strumenti con cui era possibile garantire tutela e protezione giuridica a situazioni che, pur essendo estranee al

⁷² Fra le varie voci che negano che l'ipotesi descritta all'art. 232 c.p.c. realizzi automaticamente la *ficta confessio*, si riporta qui quella di E. SILVESTRI, *s.v. Confessione* cit., in particolare p. 430: «Secondo l'art. 232 c.p.c., la mancata presentazione od il rifiuto di rispondere all'interrogatorio formale comportano che il giudice, valutato ogni altro elemento di prova, possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio. A differenza di quanto disponeva il codice abrogato, il vigente art. 232 non collega automaticamente un effetto di *ficta confessio* alla mancata risposta, poiché tale comportamento non costituisce da solo fonte di convincimento del giudice, ma, dovendo essere valutato congiuntamente ad altri elementi di prova, rientra in quella che, secondo l'opinione prevalente, è la nozione di argomento di prova.»

⁷³ Per un'analisi della *fictio iuris* nell'ambito del diritto romano, delle sue principali manifestazioni e della relativa bibliografia, si rinvia allo studio di E. BIANCHI, *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova: CEDAM, 1997; e, inoltre, con priorità cronologica: S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, XVII, 1968, pp. 663-664; P. BIRKS, *Fictions Ancient and Modern*, in MacCormick, Neil, Birks, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 83-101; M.G. GARRIDO, *Sorbe los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27-28 (1957-1958), pp. 305-342; F. TODESCAN, *Diritto e realtà: storia e teoria della fictio iuris*, Padova: CEDAM, 1979. Si vedano anche: A. CASTRO SÁENZ, *Sulla fictio iuris*, in *Labeo*, 45/3 (1999), pp. 486-491; M. BRETONE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2 (2011), pp. 11-12. Con specifico riferimento, poi, all'operatività dell'istituto della finzione nell'ambito del diritto delle persone, citiamo ancora a E. BIANCHI, *Astrazioni e finzioni in tema di personae. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 34 (2006), pp. 111-130.

ius civile, apparivano meritevoli di considerazione da parte del diritto. Attraverso le *fictiones*, in particolare, il magistrato, inserendo nell'*intentio* della *formula* una clausola *ad hoc* congegnata⁷⁴, fingeva si fosse verificata (o non verificata) una situazione in verità non esistente (o esistente) per consentire la produzione degli effetti giuridici altrimenti preclusi in base allo *ius civile*⁷⁵.

Le ipotesi che le fonti ci attestano sono svariate e attinenti ai diversi campi del diritto. Fra gli esempi più noti basterà citare le *actiones ficticiae*⁷⁶, con le quali si fingeva fittiziamente esistente un requisito richiesto dal *ius civile* in verità mancante: nell'*intentio* della *formula* veniva, infatti, inserita una clausola che ordinava al giudice di comportarsi come se fosse avvenuto un fatto in verità mai verificatosi (finzione positiva) o considerando non avvenuto uno in verità esistente (finzione negativa). Ciò è quanto avveniva nel caso dell'*actio Publiciana* e della corrispondente *exceptio rei venditae et traditae*, entrambe basate proprio su un meccanismo di *fictio*, con cui si fingeva fosse decorso il tempo necessario per il compimento dell'usucapione. Mentre, però,

⁷⁴ Alcuni esempi di *formulae* con inserimento al loro interno di una *fictio* ci sono ben rappresentati da Gaio nelle sue *Institutiones*: cfr. in particolare Gai 4.34-38.

⁷⁵ E. BIANCHI, *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova: CEDAM, 1997, p. 261; L. MAGANZANI, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 5, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 1-43, in particolare pp. 34 ss.

⁷⁶ Com'è noto le *actiones ficticiae* rientravano a loro volta nella categoria delle cosiddette azioni utili (*actiones utiles*), ossia quei particolari strumenti processuali utilizzati per disciplinare casi non previsti dal *ius civile*, grazie ai quali fu possibile tutelare situazioni nuove, per le quali il *ius civile* non prevedeva una specifica disciplina giuridica. Tale finalità veniva realizzata, oltre che con le azioni fittizie, anche mediante ulteriori categorie di azioni, quali, da un lato, le azioni con trasposizione di soggetti (il cui principale esempio è costituito da quell'insieme di azioni – quali l'*actio exercitoria*, *institoria*, *quod iussu*, *de peculio* e *tributoria* – che la dottrina medievale ha poi unitariamente ribattezzato come «*actiones adiecticiae qualitatibus*») e, dall'altro, le *actiones ad exemplum*, ossia azioni nuove create ad imitazione (ossia modellate, appunto, sull'esempio) di altre già esistenti ma pensate per casi analoghi. Sulle *actiones ficticiae* si vedano, tra gli altri, i seguenti riferimenti: P. ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 230-249; A. BURDESE, «*Actio ad exemplum institoriae*» e *categorie sociali*, in *BIDR*, 74 (1971), pp. 61-82; M. LEMOSSE, *Actiones utiles*, in *Index*, 10 (1981), pp. 348-352; F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli: Jovene, 2001, con recensione di M. MICELI, *Rec. Actiones ficticiae. Tipologie e datazione (F. Mercogliano)*, in *Iura*, 52 (2001), pp. 300-307; A. METRO, *Actiones ficticiae*, in *Index*, 29 (2001), 371-375; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle actiones adiecticiae qualitatibus*, Torino: Giappichelli, 2001; R. SOTTY, *Les actions qualifiées d'«utiles» en droit classique*, in *Labeo*, 25/2 (1979), pp. 139-162; L. DI LELLA, *Formulae ficticiae: contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli: Jovene, 1984, con recensioni di G. PROVERA, *Rec. "Formulae ficticiae" – Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto (L. Di Lella)*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 582-586 e di R. SOTTY, *L'età delle "formulae ficticiae" (Rec. Luigi Di Lella, Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto)*, in *Labeo*, 31/3 (1985), 342-347.

in quest'ultimo caso, la *fiction* era utilizzata per costruire *ex novo* la formula di un'azione edittale tipica, il più delle volte il meccanismo della *fiction* serviva per ampliare l'ambito applicativo di un'azione tipica a ipotesi che altrimenti non sarebbero state in essa rientranti. Per citare qualche esempio, la finzione era utilizzata per estendere le azioni ereditarie a favore e contro il *bonorum possessor*, attraverso la *fiction* «*si heres esset*»⁷⁷, nonché nel caso dell'*actio Serviana* per il *bonorum emptor*. Peraltro, proprio l'istituto della *bonorum possessio*, in particolare *sine tabulis*, basava la propria operatività proprio su un meccanismo di *fiction* – la cosiddetta *fiction suitatis*⁷⁸ – grazie alla quale era possibile chiamare alla successione del *pater*, accanto ai *sui*, ossia i figli in potestà, già ricompresi nella prima classe dei successibili *ab intestato* in base al *ius civile antiquum*⁷⁹, anche quei figli (*liberi*) che in verità non rientrassero nella *potestas* dell'ereditando, o perché non vi erano mai ricaduti, o perché, pur ricadendovi inizialmente, ne erano poi usciti mediante *emancipatio* o *adoptio*. Per consentire la produzione di tale effetto giuridico il pretore fingeva, dunque,

⁷⁷ Per un esempio di formula con finzione di erede («*si heres esse*») si veda, in particolare, il seguente passo di Gaio: Gai 4.34: «*Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim praetor iure 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, velut hoc modo: iudex esto. Si Aulus Agerius, id est si ipse actor, Lucio Titio heres esset, tum si fundum, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret; et si [...] praeposita simili fictione heredis ita subicitur: tum si Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oporteret.*»

⁷⁸ Sulla *fiction suitatis* si vedano i seguenti riferimenti contenuti nei principali manuali istituzionali: A. BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino: UTET, p. 642; A. LOVATO – S. PULIATTI – L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino: Giappichelli, 2017 (2^a ed.), p. 661; e, inoltre, S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, p. 70; V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.). Studi di diritto pubblico romano*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 97 nt. 117, il quale, analizzando gli strumenti di tutela previsti a favore dei figli rimasti *peregrini* a seguito dell'acquisto di cittadinanza da parte del proprio *pater* (divenuto dunque *civis romanus*), si interroga sulla possibilità che la *fiction suitatis* potesse operare contestualmente alla *fiction civitatis*, optando infine per la tesi negativa, e opinando che essi più verosimilmente potessero accedere alla *bonorum possessio* nell'ambito della categoria dei cognati (*bonorum possessio unde cognati*).

⁷⁹ Il sistema della successione *ab intestato* proprio dell'*ius civile vetus* è delineato in maniera chiara nelle disposizioni delle XII tavole, le quali individuano tre successivi livelli di chiamata ereditaria, corrispondenti alla classe dei *sui*, degli agnati (*rectius*: l'agnato prossimo) e, infine, dei membri della *gens*, collettivamente considerati. Cfr. in particolare Tab. 5.4-5: «4. Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. 5. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.»

che tali soggetti fossero sottoposti alla potestà del *pater* al momento della sua morte⁸⁰.

Un ulteriore importante esempio di finzione pretoria è costituito dalla *fictio civitatis*⁸¹, un particolare espediente la cui origine si lega ai fenomeni di espansione dell'economia mercantile romana e al progressivo moltiplicarsi delle controversie tra commercianti romani e stranieri. Come rileva la dottrina, infatti, la «crescente domanda di giustizia da parte e nei confronti degli stranieri»⁸² rese indispensabile l'adozione in via pretoria di un mezzo processuale, che consentisse ai *peregrini* di fruire degli strumenti propri del diritto romano al pari dei *cives*. Anche in questo caso, l'effetto era realizzato mediante l'inserimento nella *formula* di una clausola con cui il pretore (magistrato e, dunque, organo pubblico) invitava il giudice (cittadino privato), che si fosse trovato di fronte a due litiganti, di cui uno *civis romanus* e l'altro *peregrinus*, a pronunciare la propria decisione nei confronti dello straniero

⁸⁰ Gai 3.26: «*Nam eos omnes, qui legitimo iure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint, siue etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.*»

⁸¹ Il passo in cui parte della dottrina ritiene di poter rinvenire un esplicito riferimento alla *fictio civitatis* è Cic., *Verr.*, 2.2.12.31: «*Iudicia eius modi: qui cives Romani erant iudicabant si Siculi essent, cum Siculos eorum legibus dari oporteret, qui Siculi, si cives Romani essent.*». Per l'esegesi e il commento del passo, nonché per approfondimenti in merito alla *fictio civitatis* è opportuno fare rinvio ai numerosi studi in materia, tra cui G. BROGGINI, *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?*, in *Syntelesia: Vincenzo Arangio-Ruiz*, A. GUARINO – L. LABRUNA (a cura di), 2, Napoli: Jovene, 1964 (= G. BROGGINI, *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1966); M. GENOVESE, *Qui cives romani erant, si siculi essent ... qui siculi, si cives romani essent* (Cic. *Verr.* 2.2.12.21): nuovi spunti interpretativi e riflessi sulla valutazione dell'esercizio della *iurisdictio* nel corso della *Praetura sicilensis di Verre*, in *Studi in onore di Remo Martini*, 2, Milano: Giuffrè, 2009, pp. 215-266; R. MARTINI, *Sull'espediente processuale della fictio civitatis*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 5, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 225-237; L. MAGANZANI, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 5, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 1-43 (cfr. in particolare pp. 34 ss.); V. ARANGIO-RUIZ, *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero romano*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 4, Padova: CEDAM, 1950, pp. 55-77; F. DE VISSCHER, *Conferenze romanistiche*, 4: *L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, Trieste: Istituto di storia del diritto, 1957, p. 191; F. TODESCAN, *Diritto e realtà: storia e teoria della fictio iuris*, Padova: CEDAM, 1979; nonché F. SERRAO, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano: Giuffrè, 1954, pp. 43 ss. e L. DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., pp. 131 ss., a loro volta recentemente ripresi e citati da A. ARNESE, *Gaio e il geo-diritto: l'aliud ius dei peregrini*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto* (rubrica «Osservatorio: tra diritto romano e attuale»), n. 6, Bari: Cacucci, 2012, pp. 744 ss., in particolare p. 745 nt. 46, per rilevare la connessione tra la *fictio civitatis* e l'*aequitas*, dal momento che secondo tali autori questo strumento sarebbe stato introdotto per soddisfare esigenze equitative e rispondere al bisogno delle parti in causa di fruire degli strumenti di tutela giurisdizionale predisposti dal *ius civile*.

⁸² In questi termini A. LOVATO – S. PULIATTI – L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano* cit., p. 57.

come se fosse – e dunque fingendo che fosse – un cittadino romano, in quanto tale pienamente legittimato alla fruizione della tutela giurisdizionale romana al pari della controparte⁸³. La *ratio* e l'operatività di questa peculiare *fictio* permette di comprendere anche perché, ad avviso dei più, detto espediente sarebbe sorto in un tempo precedente rispetto alla creazione della giurisdizione del pretore peregrino, essendo destinato a decadere a seguito della sua istituzione.

Un ulteriore esempio è, poi, rinvenibile nel campo del diritto ereditario, in particolare nella successione degli eredi necessari, con riferimento alla finzione insita nel particolare strumento, anch'esso di matrice pretoria, rappresentato dal *beneficium abstinendi* concesso a favore dei *sui heredes*. Attraverso tale peculiare congegno, il pretore finge che il *suus* (che secondo il *ius civile* è *heres necessarius*) sia un erede volontario che non abbia accettato l'eredità. L'obiettivo è evidentemente quello di evitare al *suus* il pregiudizio derivante dalla confusione del proprio patrimonio con quello dell'ereditando in ipotesi di *hereditas damnosa* (ossia un'eredità in cui i debiti e le passività siano superiori ai crediti). Il *suus* infatti, in quanto erede necessario, non potendo rifiutare l'eredità, rimarrebbe esposto al pericolo di incapacienza e alla conseguente procedura esecutiva; rischio, quest'ultimo, che il pretore intende evitare proprio attraverso il suddetto *beneficium*. Ma tale risultato viene raggiunto non attraverso l'impedimento diretto degli effetti civilistici conseguenti all'acquisto della qualifica di *heres* da parte del *suus*, bensì attraverso la via indiretta rappresentata dalla cosiddetta *denegatio actionis*⁸⁴.

Sempre nel campo del diritto ereditario, peraltro, viene in rilievo un'ulteriore notissima finzione, questa volta però di origine non pretoria, bensì legislativa, ossia la cosiddetta *fictio legis Corneliae*⁸⁵. Tale *fictio* fu

⁸³ Un esempio di *fictio civitatis* ci è riportato da Gaio, che la inserisce nell'ambito dell'*actio furti* (Gai 4.37), sul quale si rinvia alle recenti osservazioni di M. FRUNZIO, *Res furtivae: contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 34, in particolare nt. 36, ad avviso della quale il brano, «dall'evidente sapore didascalico», attesterebbe che l'inserimento della *fictio*, all'interno dell'*actio furti* rappresentava «un'ipotesi di scuola» e, dunque, in certo modo, «paradigmatica».

⁸⁴ Sul punto, si vedano le autorevoli osservazioni di G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze: Vallecchi Editore, 1930, pp. 48 ss. (in particolare, p. 50).

⁸⁵ Con riferimento alla *fictio legis Corneliae* ci permettiamo di rinviare ad alcuni storici studi: E. F. HASE, *Das Jus Postliminii und die Fictio Legis Corneliae*, Halle: C. E. M. Pfeffer, 1851;

probabilmente introdotta da una *lex Cornelia* di epoca sillana, datata intorno all'80-81 a.C., con cui si stabilì che il *civis* romano, catturato dai nemici (*captivus*) e morto durante la prigionia, fosse considerato defunto al momento stesso della cattura, al fine di impedire che la *capitis deminutio maxima* conseguente alla *captivitas* travolgesse il testamento già redatto, così consentendo che le disposizioni in esso contenute, altrimenti inevitabilmente nulle, mantenessero la loro validità⁸⁶.

In tutte queste ipotesi, la finalità che il pretore ha di mira è la produzione dell'effetto giuridico e il mezzo tecnico che permette la realizzazione di questo obiettivo è la finzione, che, sostituendosi alla realtà, considera sussistente il requisito necessario per l'integrazione della fattispecie civilistica. Non viene, dunque, ampliata la fattispecie astratta, né tantomeno modificato lo *ius civile*: d'altra parte ciò non sarebbe neppure ipotizzabile ad opera di un intervento del pretore, non rientrando certo tra le sue facoltà: il pretore, infatti, non può sostituirsi al legislatore e creare il diritto in sua vece⁸⁷: egli è magistrato titolare

A. BECHMANN, *Das ius postliminii und die Lex Cornelia: Ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts*, Erlangen: A. Deichert, 1872; H. J. WOLFF, *The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession*, in *The Legal History Review*, 17/2 (1941), pp. 136-183. In tema si vedano anche le riflessioni di A. WATSON, *Captivitas and Matrimonium*, in *The Legal History Review*, 29/2 (1961), pp. 243-259.

⁸⁶ Il meccanismo proprio della *fiction legis Corneliae* emerge in maniera chiara dal seguente passo di Giuliano: D. 28.1.12 (Iul. 42 dig.): *Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. Quare servus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitatus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.*

⁸⁷ Sul ruolo del pretore e, in generale, della scienza giuridica in rapporto alla legge, nonché sull'atavica e controversa dialettica tra *ius* e *lex* si vedano, tra gli altri, i seguenti contributi: F. AMARELLI, *Scienza giuridica e legislazione*, in *SDHI*, 62 (1996), pp. 711-712; B. BIONDI, *Lex e ius*, in *BIDR*, 67 (1964), pp. 39-71; B. BIONDI, *Lex e ius*, in *RIDA*, 12 (1965), pp. 169-202; C.A. CANNATA, *Diritto giurisprudenziale e diritto codificato*, in *Labeo*, 45/2 (1999), pp. 240-243; A. CARCATERRA, *L'analisi del 'ius' e della 'lex' in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*, 46-47 (1980-1981), pp. 248-281; G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 31-117; S. DI SALVO, *Ius gentium e lex mercatoria*, in *SDHI*, 80 (2014), pp. 351-358; P. FREZZA, *Lex e nomos*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 1-31; J. GAUDEMET, *Ius et leges*, in *Iura* 1 (1950), pp. 223-252 (= *Études de droit romain*, 1: *Sources et théorie générale du droit*, Napoli: Jovene, 1979, pp. 439-470); C. GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor*, in *SDHI*, 13-14 (1947-1948), pp. 7-140; S. RICCOBONO, *La fusione del «ius civile» e del «ius praetorium» in un unico ordinamento*, in *Labeo*, 35/2 (1989), pp. 215-232. Sul ruolo della scienza giuridica in rapporto al processo si veda, in particolare, P. GIUNTI, *Iudex e iuris peritus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2012, pp. 213-251, la quale così afferma in apertura del proprio studio: «Il problema del rapporto tra scienza giuridica e

di *iurisdictio* e il suo compito, perciò, è quello di amministrare la giustizia, applicando il *ius*, non creandolo. Certo, è pur vero che, proprio attraverso l'esercizio dello «*ius dicere*» in realtà il pretore si rende in certo modo a sua volta autore del diritto, ma quello che scaturisce dalla sua *iurisdictio* è un diritto diverso dallo *ius civile*, che ad esso si contrappone e si affianca in funzione integrativa – o meglio, come affermano le fonti, «ausiliaria, suppletiva e correttiva» («*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*»)⁸⁸ – per offrire risposte alle esigenze emerse nella società e, così, risolvere situazioni che sono meritevoli di tutela, ma che in assenza dei requisiti precisi previsti dal *ius civile* non potrebbero riceverla, perché non ricadono nella fattispecie legale. Ecco che di nuovo si riaffaccia il meccanismo a noi ormai noto: una situazione che, in assenza del requisito di legge, non consente l'integrazione del tipo, ma che, in virtù della propria meritevolezza, come riconosciuta dall'ordinamento, si vede esteso il regime giuridico e la relativa tutela grazie all'intervento della tecnica giuridica: di nuovo, oggi come allora, il fenomeno è lo stesso: il diritto cerca, attraverso i propri strumenti, di offrire risposta rispetto alle esigenze – meritevoli di tutela, s'intende – della società civile.

4. «Apparenza di apparenza»: apparenza del diritto e istituti «apparentemente» affini.

Finora ci siamo concentrati sulla nozione di apparenza, cercando di fornirne una, quanto più possibile univoca, definizione, di individuarne i caratteri e gli elementi costitutivi, di chiarirne la *ratio*, nonché infine di valutarne la portata applicativa, nelle sue diverse estensioni e manifestazioni.

Per completare il quadro è, tuttavia, necessario procedere con un'ultima valutazione, che cerca di cogliere l'essenza dell'*apparentia iuris* non

dinamica processuale, autentico nodo strutturale per ogni ordinamento giuridico, assume un rilievo addirittura connotante per un'esperienza, come quella di Roma antica, nella quale il ruolo della *iuris interpretatio* viene istituzionalmente rappresentato in termini fondativi».

⁸⁸ D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *defin.*): «*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*»

osservandola dall'interno, bensì dall'esterno. Occorre, cioè, per circoscrivere ulteriormente il concetto di apparenza del diritto guardare al di là dei suoi confini, cercando di capire quali siano gli istituti ad essa strettamente confinanti, per evitare che possa esservi una incontrollata migrazione degli uni nel territorio dell'altra, e viceversa. Proprio per scongiurare un simile rischio occorre allora mettersi «di vedetta» alla dogana e respingere dalla nostra analisi – pena il rischio che il discorso scada in uno studio generalista e indebitamente inglobante – tutto ciò che è altro rispetto all'apparenza. A tal fine occorrerà procedere mediante il ricorso a «categorie negative od esclusioni», cercando di elencare «ciò che l'apparenza non è»: soltanto in questo modo sarà possibile pervenire ad una compiuta enucleazione del principio in esame⁸⁹.

Quest'ultimo passaggio si rende necessario proprio in ragione dell'estrema evanescenza del concetto, che rende difficoltosa la sua definizione in positivo e impone, dunque, di mantenere distinta l'apparenza da tutti gli altri istituti che alla stessa sono solamente affini e che, dunque, – volendo giocare con le parole – potremmo globalmente indicare come «apparenza di apparenza».

4.1. Apparenza del diritto ed errore: l'errore originato dall'apparenza e l'errore vizio del consenso.

Da quanto finora detto e in base a quanto già osservato nelle prime pagine, nelle quali abbiamo cercato di tracciare i contorni dell'istituto dell'apparenza, emerge come tra quest'ultima e l'errore sussista uno stretto e quasi inscindibile collegamento. Anzi, stando alla definizione di apparenza che la dottrina è solita individuare e che abbiamo cercato di ripercorrere, l'errore risulta essere proprio un elemento costitutivo della fattispecie giuridica qualificata in termini di apparenza. Abbiamo infatti detto che «il principio dell'apparenza del diritto è una formula generale con la quale si suole indicare

⁸⁹ Questo *modus operandi* non è una nostra originale trovata, ma è il normale sviluppo di ogni ragionamento che ambisca all'individuazione e alla definizione di un istituto, anche non necessariamente giuridico. Proprio questo metodo, infatti, è utilizzato anche nei più recenti studi dedicati al tema che qui ci occupa: cfr. N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., pp. 12 ss.; e prima di lei già A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., pp. 687 ss., dal quale anche la stessa autrice trae il proprio ragionamento.

tutte quelle situazioni in cui, in presenza di circostanze univoche ed obbiettive, una data realtà giuridica, in verità inesistente, “appare” come esistente, determinando così l’errore del terzo»⁹⁰.

Posta, dunque, tale definizione di apparenza del diritto, che attraverso le considerazioni che seguono non vuole certo essere smentita, ma anzi trovare nuova conferma, può dunque sembrare strano o quanto meno poco coerente che ora si reputi necessario distinguere quella stessa apparenza proprio dall’errore, che abbiamo appena affermato costituirne parte integrante e insopprimibile.

Tale apparente contraddizione trova una facile spiegazione attraverso la precisazione, che si rende adesso quanto mai opportuna, circa la categoria di errore al quale si intende fare riferimento.

In particolare, occorre mantenere distinti l’errore nel quale incorre il soggetto terzo a causa della situazione di apparenza, che legittima il suo affidamento nella titolarità e nella conseguente legittimazione propria di uno stato di diritto in realtà insussistente, dalla diversa tipologia di errore tradizionalmente qualificato come vizio del consenso, rilevante ai fini dell’invalidità – *sub specie* annullamento – del negozio giuridico e dunque, in quanto tale, capace di travolgerne gli effetti.

Ora, è chiaro che i due tipi di errore non divergono in ordine ai loro elementi essenziali e alla loro struttura e, anzi, hanno un nucleo comune, costituito dal fatto che ambedue determinano nel soggetto che ne risulta vittima una falsa rappresentazione della realtà⁹¹. Sia l’uno che l’altro, infatti, producono un identico effetto, che è quello di indurre un soggetto a considerare esistente qualcosa che in realtà non è reale e, proprio in ragione di tale identità, si spiega perché ambedue siano qualificati giuridicamente alla stregua di errori.

Tuttavia, pur essendo identico il processo che si produce nella *mens* del terzo, diverse e, anzi, propriamente opposte e speculari sono le conseguenze giuridiche che dai due *errores* originano: infatti, come ha opportunamente rilevato la dottrina, l’uno è preordinato a garantire l’efficacia dell’atto colpito

⁹⁰ Cfr. *supra*, par. 1, pp. 1-2.

⁹¹ Come opportunamente rilevato da A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 697 «l’errore che l’apparenza determina nel soggetto non differisce, nei suoi caratteri essenziali, dall’errore che vizia la volontà e genera la invalidità del negozio giuridico».

da errore, l'altro invece trova il suo esito proprio nell'inefficacia dell'atto viziato⁹².

Diverso è anche il piano, soggettivo o oggettivo, su cui operano i due tipi di errore: in particolare, l'errore vizio, com'è noto, per produrre la conseguenza dell'inefficacia dell'atto deve anzitutto ricadere su uno degli elementi la cui esatta rappresentazione è da considerarsi essenziale. Proprio sulla base dell'elemento su cui concretamente ricade l'errore, la dottrina suole comunemente distinguere diverse tipologie di *errores*, le cui nomenclature latine – *error in negotio*⁹³, *error in persona*⁹⁴, *error in corpore* e *error in nomine*⁹⁵, *error in substantia* e *error in qualitate*⁹⁶ – rinvencono la loro origine proprio nelle espressioni utilizzate dai giuristi romani⁹⁷.

⁹² A ravvisare come le conseguenze giuridiche dei due tipi di errore operino «in senso speculare» è ancora N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 14, la quale correttamente sottolinea che mentre «l'errore vizio determina l'inefficacia dell'atto o la precarietà della sua efficacia, rimuovibile ad iniziativa del soggetto errante, l'errore ingenerato dall'apparenza, all'opposto, determina l'efficacia dell'atto nonostante la mancata integrazione dei corrispondenti presupposti normativi».

⁹³ In questo caso l'errore coinvolge proprio il tipo di negozio stipulato, come nel caso in cui due contraenti ritengano di aver stipulato l'uno una donazione e l'altro un contratto di mutuo: D. 12.1.18.pr.-1: (Ulp. 7 disp.): «pr. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. 1. Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit.»

⁹⁴ L'*error in persona* concerne l'individuazione della persona fisica con cui si intende porre in essere il negozio: esso è giuridicamente rilevante soltanto quando sia essenziale, ossia quando, per le qualità e le caratteristiche della stessa, deve ritenersi che il soggetto non lo avrebbe stipulato con altro soggetto. La persona su cui l'errore ricade assumerà le vesti di controparte o di destinatario, a seconda che si tratti di negozi bilaterali o unilaterali: ciò risulta chiaramente dai due passi seguenti, aventi ad oggetto rispettivamente, il primo, un contratto di mutuo e, il secondo, un'istituzione di erede: D. 12.1.32 (Cels. 5 dig.): «Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.»; D. 28.5.9.pr. (Ulp. 5 ad Sab.): «Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti "frater meus" "patronus meus", placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.»

⁹⁵ L'*error in corpore* comporta un fraintendimento circa l'identificazione della *res* che forma oggetto del negozio, come nel caso di scambio di un fondo o di uno schiavo al posto di un altro: D. 18.1.9.pr. (Ulp. 28 ad Sab.): «In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me

Lo stesso errore, inoltre, non deve dipendere da colpa del soggetto che vi incorre. Pertanto, ai fini della sua affermazione o viceversa della sua esclusione, si dovrà tenere necessariamente conto di tutte le circostanze di fatto che possano avere concretamente inciso sul suo insorgere e che quindi possano avere pregiudicato la formazione del consenso del soggetto errante⁹⁸. È chiaro, dunque, che l'ambito al quale occorre far riferimento per affermarne o negarne

Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem.». In entrambi i casi l'oggetto che si intendeva acquistare è diverso da quello concretamente acquistato, pertanto i giuristi si pronunciano a favore della nullità della vendita. Diversa è l'ipotesi in cui il fraintendimento coinvolga non il *corpus*, ossia la cosa in sé, ma semplicemente la sua denominazione. In quest'ultima ipotesi – cosiddetto *error in nomine* – l'errore non potrà ritenersi rilevante ai fini della invalidità del negozio, dal momento che lo stesso non ricade su una qualità essenziale del bene, non potendo certo considerarsi tale il *nomen*. Ecco perché, secondo Ulpiano, non vi è dubbio che la compravendita sia valida: D. 18.1.9.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): «*Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*»; D. 37.11.8.2 (Iul. 24 *dig.*): «*Sed et cum in praenomine cognomine erratum est, is ad quem hereditas pertinet etiam bonorum possessionem accipit.*».

⁹⁶ L'errore che coinvolge la qualità del bene e del tipo di merce, frequente soprattutto nei contratti di scambio, come la compravendita o la permuta, rileva soltanto quando incide sull'appartenenza ad un determinato genere commerciale. D. 18.1.9.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*): «*Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.*»; D. 18.1.11.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): «*Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.*» Se, invece, la qualità su cui cade l'errore non è essenziale e dunque, nonostante il fraintendimento, non muta il *genus* al quale il bene stesso appartiene, allora esso non spiegherà effetto sul negozio e non ne inficerà la validità e l'efficacia: D. 18.1.10 (Paul. 5 *ad Sab.*): «*Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet.*»; D. 18.1.14 (Ulp. 28 *ad Sab.*): «*Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Ut puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? Ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet*»; D. 18.1.41.1 (Iul. 3 *ad Urseium Ferozem*): «*Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniae eo nomine data condicetur.*»; D. 19.1.21.2 (Paul. 33 *ad ed.*): «*Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.*»

⁹⁷ A. BURDESE, *Diritto privato romano* cit., p. 195 avverte, tuttavia, come le classificazioni proposte dagli interpreti sulla scorta delle fonti romane, siano state avanzate in base ad una terminologia «incompleta e talvolta oscillante».

⁹⁸ N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 14 afferma che l'errore viziante «rileva su un piano meramente soggettivo, dovendo essere misurato tenendo conto di tutte le circostanze oggettive e soggettive della fattispecie che ne determinino o meno la conoscibilità da parte del soggetto errante».

l'esistenza è quello soggettivo: esso deve essere valutato ponendosi dal punto di vista del soggetto che è incorso in errore.

Al contrario, esattamente opposta è la prospettiva in cui si colloca l'errore frutto della situazione di apparenza. Questo, infatti, potrà rivestire rilievo giuridico e dunque determinare le conseguenze che abbiamo visto soltanto se connotato da oggettività: deve trattarsi – come già abbiamo avuto modo di precisare, ma giova qui ripetere – di una situazione di fatto che, tuttavia, in base a circostanze oggettive ed univoche, si presenti agli occhi esterni conforme ad una situazione di diritto. In altre parole, occorre che la situazione di apparenza che determina l'errore sia tale da trarre in inganno potenzialmente chiunque, da ingenerare uno stato di confusione o di fraintendimento nella generalità dei consociati e, in questo modo, da indurre incolpevolmente qualsiasi persona, che faccia uso della normale diligenza, a comportarsi come se quella situazione, in verità apparente, fosse invece reale⁹⁹.

Quanto appena detto potrebbe riassumersi con due parole: deve trattarsi di un «errore scusabile»: se volessimo aggiungerne una terza, potremmo dire, un «errore oggettivamente scusabile». Laddove questa oggettiva scusabilità dell'errore rappresenta un elemento necessario ma anche sufficiente della fattispecie di apparenza: esso, infatti, deve necessariamente ricorrere affinché detta fattispecie possa ritenersi integrata, ma, ove presente, non richiede ulteriori stati soggettivi dei terzi coinvolti nella situazione di apparenza. In particolare, non serve che l'errore sia stato determinato colposamente, né tanto meno dolosamente da un terzo, quale potrebbe essere il titolare, apparente o reale, del diritto soggettivo. La sussistenza del dolo o della colpa, semmai, inciderà sulla qualificazione della fattispecie di apparenza e rileverà ai fini

⁹⁹ A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 697: l'erroneo convincimento sulla esistenza di una certa situazione giuridica deve essere «causato da una situazione di fatto tale che qualunque soggetto medio della collettività sarebbe caduto nel medesimo errore», una situazione di fatto capace di trarre in inganno, circa l'esistenza della situazione giuridica, qualsiasi persona di normale diligenza e accortezza», il quale, a sua volta riprende L. MONACCANI, *Azione e legittimazione*, Milano: Giuffrè, 1951, p. 138: «l'essenziale è che qualunque terzo si possa ingannare»; sulla stessa linea anche N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., la quale ritiene che l'errore nell'apparenza vada «misurato con il metro eminentemente oggettivo dell'idoneità dell'apparenza a trarre in inganno la generalità dei terzi» e che, dunque, possa parlarsi di «apparenza giuridicamente rilevante» solamente se si tratti di «fatti valutabili dalla generalità dei consociati come indice di titolarità di un certo rapporto giuridico».

della distinzione, già delineata, tra apparenza pura e apparenza colposa¹⁰⁰. Così, se l'errore sia determinato da colpa o dolo del terzo saremo di fronte ad un'ipotesi di apparenza colposa, laddove invece sia semplicemente frutto della situazione di fatto, nella sua oggettività, senza il concorso della condotta del terzo, si tratterà di apparenza pura, ma cionondimeno apparenza.

4.2. Apparenza del diritto e simulazione.

Proprio quest'ultima distinzione ci è utile per distinguere l'apparenza da un'ulteriore fattispecie, che è quella consistente nella simulazione¹⁰¹. A riguardo è stato, infatti, sostenuto che il negozio simulato sarebbe in verità un negozio fittizio e come tale non reale, che intende tuttavia presentarsi tale agli occhi esterni: l'obiettivo del negozio simulato dunque sarebbe quello di suscitare l'apparenza di un negozio reale¹⁰².

¹⁰⁰ A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 698: «ove concorra la colpa o il dolo» del terzo «si avrà un'ipotesi particolare di apparenza e sarà bene distinguerla dalla prima».

¹⁰¹ Senza pretesa alcuna di completezza, ci permettiamo di segnalare alcuni fondamentali lavori in tema di simulazione, fra cui *in primis* quello di G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Padova: CEDAM, 1938. Si vedano, inoltre, G. LONGO, *Sulla simulazione dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 3, Palermo: Castiglia, 1936, pp. 111-161; e, sempre come esempio di lavoro dedicato specificamente al tema della simulazione in diritto romano, quello di N. DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation en droit romain*, Paris: Cujas, 1970. Con riferimento, poi, al diritto moderno, nell'ambito della copiosa bibliografia in tema di simulazione, ci limitiamo a citare alcuni classici, fra cui: F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano: Società editrice libraria, 1913 (1^a ed.), Roma: Athenaeum 1922 (2^a ed.); F. PESTALOZZA, *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano: Società editrice libraria, 1919; A. BUTERA, *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, in A. BUTERA, *Della frode e della simulazione*, 2, Torino: UTET, 1936; A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico: premesse generali*, Napoli: Jovene, 1957 (1^a ed.), Napoli: ESI, 1978 (2^a ed.); S. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione: l'art. 1414 c.c.*, Milano: Giuffrè, 1955; N. DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino: UTET, 1960; G. A. NUTI, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1986; G. BIANCHI, *La simulazione*, Padova: CEDAM, 2003. Si vedano, inoltre, le voci enciclopediche relative al concetto di simulazione: G. PUGLIESE, *s.v. Simulazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 17, Torino: UTET, 1970, pp. 351-359; F. FERRARA, *s.v. Simulazione nei negozi giuridici*, in *N. Dig. It.*, 17/1, Torino: UTET, 1939, pp. 309-319; F. CANFORA, *s.v. Simulazione*, in *Dig. It.*, 21/3, Torino: UTET, 1895-1902, pp. 411-451; M. CASELLA, *s.v. Simulazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 47, Milano: Giuffrè, 1990, pp. 593-614, specialmente par. 7, pp. 598-599, relativo all'apparenza.

¹⁰² In questo senso si veda L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht: bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1908, p. 261 nt. 15, la cui ricostruzione tuttavia viene criticata da E. BETTI, *Consapevole divergenza della determinazione causale del negozio giuridico (simulazione e riproduzione "diciis causa" o "fiducia causa")*, in *BIDR*, 42 (1934), pp. 299-325, in particolare pp. 306 ss., il quale non esita a definire la nozione che l'autore propone di negozio simulato come «falsa».

Ciò ha indotto alcuni autori, in passato, a sostenere che la base della tutela dell'apparenza risiederebbe infatti proprio nella disciplina della simulazione, ma si è replicato che la simulazione tutela solo alcune categorie di terzi e non la loro totalità, dal momento che riguarda l'opponibilità del patto.

Tuttavia, se si analizzano i due istituti, è agevole rendersi conto che gli stessi non possono identificarsi.

La simulazione, infatti, com'è noto ricorre quando le parti concludono un negozio che in realtà non volevano porre in essere o che, secondo una forma meno radicale, intendevano stipulare ma a condizioni diverse. Quest'ultima precisazione è alla base della distinzione, interna al fenomeno simulatorio, fra simulazione assoluta – il primo caso – e relativa – il secondo. Comune a entrambi i negozi è, invece, la peculiare metodologia di manifestazione della volontà, che presenta una deviazione fra quanto rappresentato all'esterno, e quanto intimamente voluto. Siamo cioè di fronte a quella che viene tradizionalmente definito in dottrina una consapevole divergenza tra voluto e manifestato, ossia quel fenomeno per cui la modalità di ostensione e, dunque, la forma contrattuale non corrisponde alla reale *voluntas contrahentium*.

Il fatto che nella simulazione le parti intendano dissimulare il vero e coprire la reale essenza del negozio con una veste diversa non significa che ciò sia necessariamente dettato da volontà frodatorie o *lato sensu* illecite, potendo, come ha correttamente rilevato la dottrina, servire per far fronte a nuove esigenze dei privati cui il diritto non abbia ancora apprestato risposta¹⁰³. A conferma di tale assunto, valido sin dalle epoche più antiche, la dottrina ha sottolineato come la simulazione costituisca proprio l'espedito preferito che ha fondato in passato quel fenomeno di «riproduzione imitativa (*dicis causa*) di negozi preesistenti» – di cui l'esperienza romana ci riporta numerosi esempi

¹⁰³ E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., p. 305: «non è da credere che la simulazione serva solo a coprire una illiceità riprovata dal diritto». Certo, indubbiamente la simulazione «può bensì servire anche a questo, e cioè adibirsi a scopo di frode», sia rivolta contro legge, sia diretta nei confronti di altri privati. Ma, come correttamente avverte l'autore, non è questa l'unica eventualità possibile, «potendo benissimo esservi frode senza simulazione». Quest'ultima, infatti, può servire «per far salve certe convenienze sociali» e in questo caso come rileva l'autore, l'illiceità che si intende coprire con la simulazione è una «illiceità puramente sociale», ma anche «per supplire a deficienze che il diritto scopre di fronte a sopravvenienti esigenze dell'autonomia privata».

attraverso quei negozi che le fonti romane qualificano come «*imaginarii*»¹⁰⁴ – col quale si è cercato di rispondere alle richieste emergenti nella società civile, adeguando gli stessi negozi, «mercé opportuni adattamenti, a nuove funzioni economiche o sociali»¹⁰⁵.

Tanto che si è parlato, forse con un'eccessiva enfasi, della simulazione quale strumento della «lotta per il riconoscimento di nuovi tipi di negozi»: la quale, anzi, costituirebbe addirittura la sua «ragion d'essere», determinandone l'*origo*, ma anche segnandone ineluttabilmente la *finis*¹⁰⁶.

Al di là della rappresentazione più o meno enfatica che si preferisca dare del fenomeno simulatorio, ciò che è certo è che nei casi sopra prospettati si determina uno sviamento rispetto alla causa che connota e contraddistingue il tipo negoziale prescelto, che viene utilizzato e funzionalizzato al perseguimento di uno scopo pratico diverso rispetto a quello per il quale l'ordinamento lo ha concepito: volendo chiamare in causa le categorie moderne, potremmo dire che si determina un disallineamento della causa concreta rispetto alla causa astratta, frutto di una «esasperazione della funzione

¹⁰⁴ Imprescindibile qui il riferimento alla definizione gaiana di *mancipatio* quale «*imaginaria venditio*»: «*Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.*» (Gai., 1.119).

¹⁰⁵ Le espressioni virgolettate sono riprese da E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., p. 306, il quale sottolinea come tali negozi «ricalcati sopra un modello e da esso imitati nella forma», proprio in ragione della loro «palese incongruenza tra forma e causa», saranno qualificati come «*imaginarii*», poiché compiuti «*dicis causa proprie veteris iuris imitationem*». Quali esempi di questi *negozi imaginarii*, in particolare, l'autore cita (p. 307) le diverse applicazioni della *mancipatio*, in cui la giurisprudenza si è servita del modello mancipatorio ai fini della formazione di un nuovo tipo di negozio giuridico, che ha successivamente ottenuto «il riconoscimento ufficiale del diritto»: fra questi, in particolare, egli ricorda la *mancipatio familiae*, come nucleo fondamentale da cui si evolverà il *testamentum per aes et libram*, la *datio in adoptionem*, l'*emancipatio*, la *coemptio matrimonii causa* e, inoltre, la *noxae deditio* del libero.

¹⁰⁶ E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., pp. 310-311: «col riconoscimento giuridico l'effetto vincolante del nuovo negozio è ormai assicurato: ma ecco che allora la simulazione esaurisce la sua funzione genetica e cessa di avere senso», pronta a risorgere, come una fenice, solo in presenza di ulteriori e diverse esigenze pratiche. «Essa conserva la sua fisionomia caratteristica solo finché lotta per il riconoscimento di nuovi tipi di negozi: il trionfo in questa lotta segna necessariamente la sua fine, perché ne sopprime la ragion d'essere». Ecco dunque quale sarebbe, secondo l'autore, la dialettica e la perenne vicenda della simulazione: «un fenomeno che vive al margine dell'ordinamento giuridico e mentre oscilla fra l'irrelevanza giuridica e l'illiceità [...] aspira, tuttavia a mettersi sotto la sua protezione».

strumentale del negozio giuridico»¹⁰⁷, che, forzato nella sua struttura, viene piegato ed orientato al soddisfacimento dell'interesse privato¹⁰⁸.

Ora, se così è, non può condividersi la teoria che assimila l'apparenza alla simulazione e che addirittura ritiene che il negozio apparente nasca da quello simulato. Infatti, nell'apparenza la divergenza tra situazione di fatto e di diritto non necessariamente è voluta dalle parti e, dunque, può tranquillamente mancare – e anzi manca nell'apparenza cosiddetta pura – l'elemento soggettivo che connota invece l'essenza stessa della simulazione.

Per questo motivo, volendo riprendere l'esempio dei *negotii imaginarii* del diritto romano, la dottrina ha escluso che questi possono definirsi apparenti, poiché in essi manca una «dissonanza tra stato di fatto e stato di diritto», è assente una «divergenza tra quanto appare materialmente e quanto è invece giuridicamente» e, inoltre, non si rinviene alcun affidamento da tutelare¹⁰⁹.

Ciò posto, non può dunque affermarsi che fra apparenza e simulazione sussista un rapporto di identità, né di derivazione della prima dalla seconda. Semmai, invertendo i termini del rapporto, potrà dirsi che la simulazione costituisce una peculiare ipotesi di apparenza e, in particolare, di apparenza colposa¹¹⁰: gli autori del negozio simulato, infatti, pongono in essere un atto che in verità non hanno intenzione di concludere, quantomeno nei termini e

¹⁰⁷ È sempre E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., p. 304 a sottolineare come nella simulazione si verifichi una divergenza nella determinazione causale, dal momento che «caratteristica della simulazione è che la determinazione di volontà non si indirizza, come dovrebbe, alla funzione economico-sociale tipica del negozio, ma [...] la sostituisce» in tutto o in parte «con uno scopo pratico diverso».

¹⁰⁸ Questa l'argomentazione sulla cui base autorevole dottrina ha in passato ritenuto di affiancare la simulazione al negozio indiretto, non senza incontrare tuttavia oppositori, che suggerivano di mantenere distinti i due istituti. Si veda in proposito la diversa visione di Tullio Ascarelli, fautore della tesi «separatista» e il contrario avviso di Emilio Betti, che, ironizzando, ritiene che la costruzione dogmatica del collega sia «frutto di una curiosa diplopia» (cfr. E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., p. 304, nt. 1).

¹⁰⁹ Le espressioni sono di S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*, Milano: Giuffrè, 2010, p. 259 nt. 208, la quale, occupandosi del fenomeno della *imaginaria venditio* nel diritto romano, accenna alla problematica e controversa questione della identificazione tra *negotii imaginarii*, negozi apparenti e simulazione. Sul punto ci uniamo all'autrice nel rinviare alle opposte tesi sostenute da E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., pp. 306 ss. e da G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., il quale alla tematica in questione ha dedicato una compiuta e approfondita analisi.

¹¹⁰ A. FALZEA, s.v. *Apparenza* cit., p. 698: «un'ipotesi caratteristica di apparenza colposa si ha in tema di simulazione, in cui il titolare reale determina consapevolmente quella situazione di titolarità apparente, che è in grado di indurre in errore i terzi».

nelle modalità manifestate all'esterno, e dunque pongono coscientemente le basi per la determinazione nei terzi di uno stato di errore e di fraintendimento. In questo caso, quindi, l'errore scaturito dall'apparenza non sarà derivato dalla situazione di fatto in sé considerata, non potendosi negare che all'insorgere dello stesso abbia concorso la condotta di coloro che hanno voluto la simulazione. Non potrà, dunque, certo parlarsi in tale ipotesi di apparenza pura, ma saremo di fronte ad un classico caso di apparenza colposa. In quest'ipotesi indubbiamente apparenza e simulazione si identificano, ma rimane ferma la loro distinzione sul piano concettuale, che non consente – per quanto abbiamo appena detto – di fondare sul negozio simulatorio, che dell'apparenza costituisce come abbiamo visto soltanto una delle possibili forme e manifestazioni, l'intera teoria dell'*apparentia iuris*.

4.3. Apparenza del diritto e possesso.

Infine, per circoscrivere ulteriormente l'ambito applicativo della figura dell'apparenza, occorre considerare un'ultima fondamentale distinzione, che, pur affrontata all'esito della nostra breve ricognizione, rappresenta un tassello fondamentale della struttura che abbiamo cercato di costruire¹¹¹, avendo in passato originato non poche questioni e criticità. L'istituto al quale ci riferiamo, che più di tutti ha posto il problema della sua distinzione rispetto all'apparenza, essendo spesso anzi ad essa assimilato e sovrapposto, è il possesso. Non può, infatti, disconoscersi la sussistenza di una certa assonanza e vicinanza, quantomeno esteriore, fra i due istituti, tanto che non sono mancate voci che hanno fatto riferimento a tali concetti pressoché indistintamente, o addirittura utilizzato l'uno come elemento definitorio dell'altro¹¹².

¹¹¹ ...*last but not least*... direbbero gli anglofoni!

¹¹² Fra questi, basti citare l'autorevole voce di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma: Società editrice del Foro italiano, 1951 (3^a ed.), p. 182, il quale utilizza il concetto di apparenza proprio per definire il possesso, quale «situazione di fatto, che ha l'apparenza della situazione di diritto». Parzialmente diversa e maggiormente precisa, invece, la posizione di R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. CICU – F. MESSINEO (diretto da), 7, Milano: Giuffrè, 2000, pp. 41 ss., laddove precisano che il possesso è apparenza nel senso che la situazione di apparenza è determinata dall'apparente esercizio del diritto.

In generale, possiamo rilevare che la sovrapposizione concettuale e la difficoltà di definire il possesso senza fare riferimento all'idea di apparenza si spiega anche in ragione del fatto che il termine apparenza non necessariamente, laddove utilizzato nell'ambito della definizione di possesso, come di altri istituti, deve essere inteso nel suo significato tecnico-giuridico, di *apparentia iuris* come abbiamo cercato di delinearla, trattandosi infatti di termine proprio anche del linguaggio comune¹¹³. Il che evidentemente pone il problema e alimenta la difficoltà di riuscire a distinguere, nei diversi casi, quando lo stesso sia usato in maniera atecnica, senza dunque doversene necessariamente dedurre una volontà da parte di chi lo utilizza di accostare due fenomeni giuridici differenti, e quando, invece, lo stesso sia da intendersi quale tecnicismo giuridico, in quanto tale indicativo del principio dell'apparenza del diritto che qui ci occupa.

Tuttavia, nonostante un'iniziale confusione concettuale tra possesso e apparenza, la dottrina ha progressivamente ritenuto di dover procedere ad un'opportuna distinzione, la quale può ormai oggi ritenersi pressoché unanimemente riconosciuta¹¹⁴. La motivazione che spinge i più ad affermare tale differenza è dovuta alla circostanza che il possesso è riconosciuto e tutelato in sé e per sé¹¹⁵, e non in quanto espressione di un principio superiore. In altre parole, se un domani il legislatore o anche soltanto la giurisprudenza

¹¹³ La diffusione e l'utilizzo del termine «apparenza» anche in contesti ulteriori e diversi rispetto a quello giuridico è un'evidenza segnalata anche da N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 3, allorquando riporta e fa riferimento alla definizione di apparenza «nella prospettiva metagiuridica».

¹¹⁴ Questo il pensiero anche di N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 12, secondo la quale oggi «si è pressoché pacificamente escluso che il rilievo giuridico attribuito dal legislatore al possesso valga a configurare una fattispecie di apparenza».

¹¹⁵ N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 12: «è la situazione di possesso in sé ad essere tutelata, non la situazione in quanto considerata normale manifestazione esterna del diritto di proprietà»; «la tutela giuridica è infatti accordata al possessore di per sé, ovvero all'individuo che pone in essere la situazione che “corrisponde” all'esercizio del diritto di proprietà». Particolare, invece, la motivazione addotta da Angelo Falzea a sostegno della tesi della necessaria distinzione tra possesso e apparenza. L'autore in particolare ritiene che l'apparenza, per la sua natura (che con una metafora ci piace definire di «specchio» della realtà) richiede necessariamente e «non può ricorrere se non quando si abbia una situazione capace di spiegare forza segnalatrice di realtà». Di conseguenza, secondo Falzea, non potrebbero certo «dar luogo ad ipotesi di apparenza quei fatti che sono caratterizzati da una struttura opaca e che perciò non sono in grado di segnalare alcunché, al di fuori della propria esistenza» (A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., pp. 687 ss.). Infatti, è chiaro che così come uno specchio per poter restituire un'immagine limpida e definita richiede una certa definizione e nitidezza dell'oggetto che vi si riflette, analogamente il principio dell'*apparentia iuris* difficilmente potrà operare a fronte di istituti già in sé connotati da una certa opacità e duttilità.

dovesse decidere di privare di rilevanza il principio di apparenza, il possesso non sarebbe evidentemente travolto da tale *revirement*, poiché, pur trattandosi di uno stato di fatto che ha al suo interno, quale elemento costitutivo intrinseco, una situazione di apparenza – nello specifico l'apparenza del diritto di proprietà – tuttavia non si identifica con essa.

Da quanto appena affermato risulta chiaro, dunque, che la questione della distinzione tra apparenza e possesso è strettamente connessa con quella sopra analizzata, della portata del principio di apparenza e della sua caratterizzazione quale principio generale del diritto o quale dizione riferibile ad una serie tassativa di istituti che della stessa costituiscono le concrete manifestazioni.

È evidente, infatti, che finché ci si limiti a considerare le diverse fattispecie che dell'apparenza sono espressione, prese *uti singulae*, non potrà tra le stesse ricomprendersi il possesso, che rispetto ad esse si colloca evidentemente su di un livello superiore. Nel senso che, mentre nelle ipotesi appena citate l'ordinamento si limita a riconoscere determinati diritti o facoltà ai terzi coinvolti nell'apparenza, al fine di evitare loro un pregiudizio, finendo così per assimilare dal punto di vista del trattamento giuridico la situazione apparente a quella fattuale, nel caso del possesso le cose stanno diversamente. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'ordinamento sceglie di attribuire rilievo giuridico e conseguentemente di predisporre una tutela per una situazione, sì fattuale, ma connotata da una tale rilevanza sul piano sociale ed economico da non poter essere relegata al mondo del mero fatto e abbandonata all'autogoverno dei privati. Questo, però, senza che siano disconosciute o eliminate le differenze tra l'istituto fattuale – possesso – e quello giuridico – proprietà – la cui alterità¹¹⁶ anzi viene ribadita, oltre che attraverso una diversa

¹¹⁶ Chiara è infatti, almeno in astratto, la linea di confine che il nostro sistema di diritto privato individua fra proprietà, come titolarità del diritto reale, e possesso, come esercizio di fatto della signoria sul bene. Non del tutto analoga pare, invece, la distinzione all'interno del diritto romano, dove, come ha osservato la dottrina, «non si può intendere il concetto di *possessio* come esercizio di fatto del diritto di proprietà, perché ancora in epoca classica non era stato elaborato un concetto di diritto di proprietà separato dalla cosa: la proprietà non era considerata propriamente un diritto, ma era vista coincidere con la stessa *res*». Così si esprime, in particolare, P. LAMBRINI, *La natura del possesso nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, 1: *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Napoli: ESI, 2014, pp. 415-424 (cfr. in particolare p. 417), la quale al tema della *possessio* ha dedicato ampi studi, fra cui: P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova: CEDAM, 1998; ID., *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index*, 27 (1999), pp. 317- 332; ID., *La teoria dei rapporti possessori nella riflessione di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 191-200. L'autrice, inoltre, sottolinea come per i giuristi romani

individuazione definitoria sul piano sostanziale, soprattutto attraverso la predisposizione di strumenti processuali differenti a protezione dell'uno e dell'altra¹¹⁷. I rispettivi mezzi, infatti, si differenziano sia quanto agli effetti conseguenti al loro accoglimento¹¹⁸, sia quanto ai presupposti richiesti ai fini dell'esperimento, non richiedendo la tutela del possesso, a differenza di quella della proprietà e degli altri diritti reali, alcun accertamento in ordine alla titolarità della situazione di diritto in capo all'agente, il quale infatti invoca protezione non per uno *status* giuridico, bensì fattuale.

Quanto appena osservato segna una differenza importante rispetto alle fattispecie individuate come espressione del principio di apparenza giuridica, nelle quali – come avremo modo di vedere in dettaglio – la tutela viene apprestata e concepita dall'ordinamento attraverso un'estensione ad esse del regime ordinariamente previsto per l'istituto di cui manifestano le sembianze.

Tale essenziale differenza è elemento sufficiente, secondo l'impostazione seguita dalla dottrina maggioritaria, per «escludere che il possesso, nell'ambito del nostro diritto, possa essere definito come fenomeno di apparenza»¹¹⁹: tanto che, recentemente è stato rilevato come la teoria dell'apparenza, pur avendo risentito in passato in maniera significativa, soprattutto in Germania, della tematica del possesso, che ne ha indiscutibilmente segnato l'origine e

il possesso non fosse «l'immagine esteriore di un diritto, ma piuttosto un semplice rapporto materiale con una cosa» (P. LAMBRINI, *La natura del possesso nel diritto romano classico*, cit., p. 420). Il che, ai nostri fini, consente di escludere che il possesso per l'esperienza giuridica antica – e, peraltro, *a fortiori* rispetto a quanto già illustrato per quella moderna – fosse considerato espressione di un fenomeno di apparenza giuridica.

¹¹⁷ È noto, infatti, che le azioni individuate a tutela del possesso sono diverse rispetto a quelle poste a tutela del diritto di proprietà. A fronte delle classiche azioni petitorie (fra le quali, accanto alla fondamentale azione di rivendicazione si pongono anche l'azione negatoria, l'azione di regolamento di confini e l'azione di apposizione di termini: artt. 948-951 c.c.), il possesso riceve protezione attraverso rimedi, maggiormente snelli e duttili, proprio in quanto non presuppongono la prova della titolarità del diritto reale. Tali rimedi, normalmente qualificati complessivamente come azioni possessorie, sono individuati dal legislatore in base al tipo di lesione subita. Così, in caso spoglio violento e clandestino potrà essere esperita l'azione di reintegrazione (art. 1168 c.c.), mentre in caso di spoglio cosiddetto semplice, ossia non connotato da violenza e clandestinità, nonché nel caso in cui il pacifico esercizio del possesso sia minacciato da turbative e molestie, potrà farsi luogo all'azione di manutenzione (art. 1170 c.c.).

¹¹⁸ È ancora A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 688 ad osservare che: «la tutela del possesso si estrinseca in effetti giuridici diversi da quelli del correlativo diritto reale».

¹¹⁹ Il giudizio *tranchant* è di A. FALZEA, *s.v. Apparenza* cit., p. 688.

condizionato la genesi, si sia ormai oggi definitivamente da essa «emancipata»¹²⁰.

5. Osservazioni conclusive sull'*apparentia* come preludio alla nostra ricerca.

Conclusa questa ricognizione in ordine al principio di apparenza del diritto, imprescindibile ai fini della ricerca che con questo lavoro ci proponiamo di compiere, è giunto il momento di procedere alla fase successiva, la quale, come anticipato in apertura, vorrebbe indagare se rispetto al fenomeno fin qui descritto possa individuarsi un antecedente negli ordinamenti giuridici a noi precedenti e, in particolare, in quello di Roma antica. Come già abbiamo ritenuto opportuno precisare, la nostra intenzione non è – e non potrebbe certo essere, pena scadere in infantili parallelismi, tanto facili quanto falsanti – quella di affermare la presenza nell'ambito del diritto romano di un principio di apparenza giuridica analogo a quello moderno, ma piuttosto di indagare l'eventuale presenza di fenomeni o istituti che con lo stesso possano condividere l'essenza, essendo ispirati, in ultima analisi, ad una *eadem ratio*. Questo è il motivo per cui abbiamo ritenuto necessario insistere nelle pagine precedenti sul fondamento e sulla funzione del principio in esame, intrinsecamente legati – come abbiamo avuto modo di sottolineare – ai principi della buona fede e del legittimo affidamento.

Partendo da queste basi, dunque, il percorso che proponiamo di seguire ci porterà a ripercorrere le linee fondamentali di alcuni istituti che, a nostro avviso, possono costituire indici di una tendenza univoca dell'ordinamento romano a valicare i confini, talvolta eccessivamente stretti e finanche angusti, del sistema di *ius civile vetus*¹²¹, e a riconoscere rilevanza giuridica, sebbene

¹²⁰ L'opinione è di N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto* cit., p. 12, la quale così si esprime: «la teoria dell'apparenza si è emancipata dalla tematica del possesso, che pure [...] tanto ha influito sulla sua origine, specialmente in area tedesca».

¹²¹ Con l'espressione *ius civile vetus* intendiamo riferirci al nucleo più antico del diritto romano, le cui fonti erano rappresentate principalmente dagli antichi *mores maiorum* del diritto quiritario (*ius Quiritium*), le leggi delle XII tavole (*lex duodecim tabularum*) e le *leges regiae* (cosiddetto *ius legitimus vetus*), nonché l'attività interpretativa (*interpretatio prudentium*), originariamente appannaggio esclusivo dei *pontefices*, in proseguo di tempo esercitata dai giuristi laici (*prudentes*), la cui attività, peraltro, non si risolveva in una mera interpretazione

con esiti eterogenei, a taluni fenomeni che – per riprendere la dialettica «fatto-diritto», che accompagnerà tutto il nostro lavoro – in sé considerati non avrebbero dovuto trovare cittadinanza nel mondo del *ius*, appartenendo piuttosto a quello del mero *factum*.

Con questo obiettivo, cercheremo allora di partire dagli istituti che oggi costituiscono manifestazioni acclerate del principio dell'*apparentia iuris*, per valutare se nel contesto del diritto romano possa essere rinvenuta una forma di «precedente» ad esso in qualche modo avvicinabile. Funzionale rispetto a tale ricerca è stata l'individuazione e la ricognizione, per quanto sintetica, in ordine alle fattispecie legislative e giurisprudenziali di apparenza del diritto, tra le quali abbiamo scelto di soffermarci su quelle che riteniamo possano presentare margini di condivisione con l'ordinamento romano, trattandosi di istituti ad esso non estranei.

Fra questi, in particolare, soffermeremo la nostra attenzione *in primis* sulla figura dell'erede apparente, analizzandolo in rapporto ad una figura in cui gli interpreti hanno reputato in passato di rinvenire un antecedente storico, quale il *possessor pro herede*; dopodiché concentreremo la nostra analisi su altre due figure di apparenza su cui, oggi come nel mondo romano, si è focalizzata l'attenzione della dottrina, quali il creditore apparente e il rappresentante apparente o, secondo la dizione latina, il *falsus creditor* e il *falsus procurator*. Infine, il nostro discorso sposterà, almeno apparentemente, il proprio baricentro su un diverso ambito di studio, prendendo in considerazione ulteriori rapporti di fatto, quali le relazioni familiari diverse dal *matrimonium iustum*. Queste ultime, pur non costituendo *stricto sensu* forme di apparenza giuridica, a nostro avviso con essa condividono la logica di base, dal momento che i casi in cui l'ordinamento riconosce alle stesse rilievo giuridico risultano

del diritto, concretandosi anzi spesso in un'attività di tipo creativo e contribuendo, così, in misura determinante al processo evolutivo del sistema giuridico romano. Alla terminologia *ius civile vetus* la dottrina (cfr. in particolare A. GUARINO, cit.) contrappone quella, speculare, *ius civile novum*, definito dalla autorevole voce di G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., p. 558 come «quel diritto civile che consiste in un mero rivestimento formale di istituti pretori». Tale è, infatti, la denominazione con cui vengono indicati i nuovi istituti civilistici di matrice pretoria, ossia creati attraverso l'attività giurisdizionale del pretore urbano, che concesse l'applicazione anche ai cittadini romani di una serie di nuovi rapporti, per lo più di tipo commerciale – poi individuati col termine *ius gentium* –, originariamente non contemplati dal *ius civile vetus* e tutelati dal pretore peregrino nell'ambito dei rapporti tra cittadini romani e stranieri.

animati e originati da esigenze equitative, ispirate ai superiori canoni di certezza del diritto, razionalità giuridica e giustizia sostanziale, che rappresentano la matrice dei principi del legittimo affidamento e della buona fede su cui si fonda la teoria dell'apparenza.

CAPITOLO II

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELLE SUCCESSIONI MORTIS CAUSA: EREDE APPARENTE, *POSSESSOR PRO HEREDE* E *POSSESSOR PRO POSSESSORE*

SOMMARIO: 1. L'erede apparente nel diritto civile italiano. – 2. La ricerca di un antecedente storico: il *possessor pro herede* nel contesto del diritto romano. – 2.1. La testimonianza di Gaio: *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*. – 2.2. La critica della dottrina alla presunta derivazione dell'erede apparente dal *possessor pro herede*. – 3. *Possessor pro herede* e *possessor pro possessore* nella definizione di Ulpiano. – 3.1. La definizione ulpiana di *possessor pro herede*. – 3.2. La definizione ulpiana di *possessor pro possessore*. – 4. L'estensione della *petitio hereditatis* nelle ipotesi di trasferimento dal *possessor pro herede* e dal *possessor pro possessore*. – 5. Altre ipotesi di apparenti «*possessores*» nell'ambito della *petitio hereditatis*. – 6. *Possessio pro herede* e altri istituti «fattuali» in ambito ereditario: l'*usucapio hereditatis*. – 6.1. L'*usucapio hereditatis*: requisiti, condizioni ed effetti. – 6.2. L'*usucapio hereditatis*: *ratio* originaria e sua evoluzione nel mutato contesto storico. – 7. Osservazioni conclusive in ordine a «*possessor pro herede*» ed erede apparente: una parziale affinità.

1. L'erede apparente nel diritto civile italiano.

Come anticipato nel capitolo introduttivo, un primo ambito in cui il fenomeno dell'apparenza del diritto esplica la sua manifestazione è il campo delle successioni *mortis causa*. In particolare, viene in rilievo l'istituto oggi noto come 'apparenza ereditaria', che sotto il profilo soggettivo chiama in causa la figura del cosiddetto 'erede apparente'¹.

Merita fin da subito rilevare che la locuzione 'erede apparente' non trova nella legislazione italiana moderna una propria definizione: non esiste, infatti, nel nostro codice civile una disposizione ad esso dedicata, né tale terminologia compare nella rubrica di alcuno degli articoli.

¹ Per alcuni riferimenti bibliografici essenziali in tema di erede apparente, si vedano: G. BRUNETTI, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente* (art. 933 Cod. civ. it.), Bologna: Tipografia Alfonso Garagnani e figli, 1895; G. BRUNETTI, *L'erede apparente: (art. 933 cod. civ. it.)*, in *AG*, 55 (1895), pp. 1160-1600.; F. D. BUSNELLI, s.v. *Erede apparente*, in *ED*, 15, Milano: Giuffrè, 1966, pp. 198-208; M. COLOMBATTO, s.v. *Erede apparente*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino: UTET, 1982, pp. 508-510; A. DE BERARDINIS, *La concezione giuridica dell'erede apparente nel codice civile italiano (contributo all'interpretazione dell'art. 933)*, in *AG*, 73 (1904), pp. 247-304; G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente*, Milano: Giuffrè, 1971; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, Padova: CEDAM, 1932; A. TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti, 2. Del possesso qual titolo apparente universale, rubr. I, Qual sia l'erede apparente*, Torino: Fratelli Bocca, 1878.

Nonostante ciò, l'esistenza di tale figura viene, per così dire, supposta e data quasi per scontata, in quanto compare in maniera fugace in due articoli, i quali citano l'erede apparente, pur senza preoccuparsi di definirne la sostanza.

Tale atteggiamento non può interpretarsi o intendersi come una mera svista del legislatore, scarsamente verosimile e difficilmente giustificabile. Piuttosto può ritenersi, come evidenziato dalla dottrina, che tale omissione sia del tutto consapevole e che si giustifichi col fatto che 'erede apparente' è espressione in sé sintomatica del fenomeno, che pertanto non necessiterebbe di ulteriori spiegazioni. Volendo comunque sforzarsi di trovare una definizione che, per quanto semplice, consenta quantomeno di inquadrare il fenomeno, può dirsi che 'erede apparente' è colui che circostanze obiettive indicano come successore del *de cuius* mentre in realtà tale non è: per utilizzare una formula sintetica, si può dire che è colui che, pur non essendo erede, si atteggia come tale. Ciò in quanto l'erede apparente è un soggetto che, alla morte di una persona, si comporta come se fosse il successore universale, pur senza rivestire tale qualifica: agisce, cioè, come se l'eredità gli fosse stata devoluta e fosse stata da lui acquistata, ingenerando così nei terzi la convinzione di essere il legittimo erede del *de cuius*².

² In questa sede ci limitiamo a ricordare che l'apparenza può riguardare non solo la posizione di erede, ma anche quella di legatario. Posto che l'art. 534 c.c. contempla soltanto gli acquisti dall'erede apparente e, stante la diversità ontologica tra le due figure di successioni (a titolo universale, l'erede, a titolo particolare il legatario) occorre chiedersi quale sia la sorte dei diritti acquistati dai terzi dal legatario apparente, ossia colui che, pur non ricoprendo tale qualifica, sia apparso agli occhi esterni come legatario. A riguardo si rileva che, secondo un orientamento dottrinale [F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano: Giuffrè, 1972, p. 673; L. FERRI – P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare (art. 2643-2682)*, in *Comm. Cod. civ.*, SCIALOJA A. – BRANCA G. (a cura di), Bologna: Zanichelli – Roma: Soc. ed. del Foro italiano, 1995 (3ª ed.), p. 227] sarebbe possibile estendere in via analogica l'art. 534 c.c. anche all'acquisto dal legatario apparente: ciò in quanto, da un lato, sussisterebbe un'evidente analogia rispetto all'ipotesi dell'acquisto dall'erede apparente e, dall'altro, perché l'art. 2652 n. 7 c.c. detta una disciplina analoga per ambedue i casi. In particolare, l'art. 2652 c.c. prevede al n. 7 che si debbano trascrivere – qualora riferite ai diritti menzionati nell'articolo 2643 – le domande giudiziali «con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte. Salvo quanto è disposto dal secondo e dal terzo comma dell'articolo 534, se la trascrizione della domanda è eseguita dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'acquisto, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi di buona fede che, in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, hanno a qualunque titolo acquistato diritti da chi appare erede o legatario». Tuttavia, i requisiti richiesti per l'operatività di quest'ultimo articolo sono in verità diversi rispetto ai presupposti dell'art. 534 c.c. e, dunque, non consentono di assimilare e parificare completamente le due fattispecie, che occorre invece mantenere distinte. Infatti, tra l'art. 534 e l'art. 2652 n. 7 si differenziano sotto più profili: anzitutto, rispetto all'ambito di tutela, in quanto, il secondo introduce, rispetto al primo, una protezione aggiuntiva: esso, infatti, riguarda anche gli acquisti effettuati a titolo gratuito, laddove invece l'art. 534 c.c. richiede per la sua applicazione che si tratti di atti

Occorre fin d'ora precisare che l'erede apparente non è necessariamente il possessore della massa ereditaria. La veste di erede, infatti, se il più delle volte è conseguenza del possesso dei beni del *de cuius* da parte dell'erede apparente, tuttavia non presuppone necessariamente tale disponibilità. L'apparenza ereditaria, infatti, non postula il possesso di tali beni, ma si fonda, più genericamente, su una situazione idonea ad ingenerare nei terzi la ragionevole opinione di essere di fronte all'erede effettivo. Ciò che conta, dunque, non è tanto la situazione di materiale disponibilità delle *res* formanti oggetto dell'asse ereditario, quanto il contegno concretamente assunto dal sedicente erede e il suo manifestarsi come tale agli occhi dei terzi.

Naturalmente un comportamento dell'erede apparente, singolarmente e isolatamente considerato, non incontra alcun interesse giuridico, se non in quanto esso coinvolga altri soggetti. In questo caso, infatti, allorquando si pongano in essere negozi giuridici che coinvolgano i diritti di terzi o che siano anche indirettamente idonei a lederne gli interessi, è chiaro che l'ordinamento non può più disinteressarsi del fenomeno, ma dovrà preoccuparsi di individuarne il trattamento giuridico e disciplinarne gli effetti. E, infatti, in quest'ordine di idee si pone il nostro codice, il quale prende in considerazione non la figura dell'erede apparente in quanto tale, ma gli atti che lo stesso possa aver posto in essere e che coinvolgano ulteriori soggetti. Così, da un lato e *in primis*, esso prende in considerazione la posizione dell'erede vero, che si trovi davanti ad un soggetto che, senza esserlo, vanti a sua volta il titolo di erede, consentendogli di esperire anche nei suoi confronti gli ordinari mezzi a tutela dell'eredità. In particolare, l'art. 534 del codice civile consente all'erede di esercitare l'azione di petizione dell'eredità anche nei confronti di colui che possiede a titolo di erede o senza titolo. Dall'altro lato, contempla la posizione dei terzi che abbiano concluso negozi con l'erede apparente, i quali potrebbero subire un danno nel momento in cui, con tali negozi, siano stati trasferiti diritti di cui l'alienante non era titolato a disporre. Ciò in particolare nelle ipotesi di

compiuti a titolo oneroso. Tale tutela è però subordinata al rispetto del termine quinquennale tra la trascrizione del titolo e la trascrizione della domanda giudiziale con cui viene contestato il titolo stesso e l'acquisto del terzo. Dall'altro, l'ulteriore distinzione riguarda il requisito della buona fede del terzo avente causa, che nel caso del 2652 n. 7 c.c. segue il principio generale dell'art 1147 c.c. e dunque è presunta, mentre nel caso del 534 c.c. se ne discosta, incombendo il relativo onere della prova in capo al terzo medesimo.

acquisto a titolo oneroso, in quanto tali soggetti, a fronte di un esborso economico, rischierebbero di vedersi privati in un secondo momento anche del bene rivendicato dal reale proprietario, ossia l'erede vero. Per questo motivo, in presenza di determinati presupposti, primo fra tutti la buona fede dei terzi contraenti, i quali abbiano dunque creduto senza colpa di aver intrattenuto rapporti con un soggetto che era – e non semplicemente appariva – erede, il codice accorda la possibilità agli acquirenti dall'erede apparente di salvare il proprio acquisto³.

Evidentemente la scelta del nostro legislatore di tutelare, al ricorrere di precise condizioni, l'apparenza ereditaria, è espressione di un regime eccezionale e trova giustificazione nella oggettiva difficoltà di verificare *ex ante* la effettiva qualità di erede di un soggetto che si presenti e agisca come tale. L'obiettivo è, dunque, quello di apprestare tutela in una serie di situazioni in cui sarebbe estremamente difficile procedere all'accertamento del titolo ereditario, il quale può dipendere da aspetti di gran lunga più complessi rispetto a quanto avvenga per gli acquisti a titolo derivativo, che sono la conseguenza di atti *inter vivos*.

Nel nostro ordinamento, la disciplina relativa all'erede apparente emerge in particolare con riferimento all'eventualità in cui l'erede vero eserciti l'azione di petizione dell'eredità, ossia il mezzo processuale attraverso cui colui che afferma di essere erede può domandare l'accertamento del proprio *status* al fine di vedersi riconosciuti i diritti che da esso conseguono, paralizzando le pretese altrui. Si tratta di un'azione di natura reale che, in ossequio al principio «*semel heres semper heres*», è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni. In particolare, una volta accettata l'eredità, l'erede, attraverso l'azione di petizione ereditaria, può chiedere il riconoscimento della sua qualità contro chiunque possieda, anche solo in parte, i beni ereditari a titolo di erede (*possessio pro herede*) o senza titolo alcuno (*possessio pro possessore*), ovvero contro i loro aventi causa (art. 534 c.c.), allo scopo di ottenere la restituzione dei beni medesimi.

³ Per completezza è solo il caso di accennare che, allorquando l'acquisto abbia avuto ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati, tale disciplina deve naturalmente essere coordinata e completata con la normativa in tema di trascrizione.

Per quanto concerne gli effetti derivanti dall'azione di petizione ereditaria, la relativa sentenza produce effetti sia dichiarativi che di condanna. In particolare, qualora la *petitio hereditatis* venga accolta, da un lato all'attore è riconosciuta la qualità di erede vantata e, dall'altro, il convenuto è condannato alla restituzione dei beni ereditari illegittimamente trattenuti. Tale effetto, peraltro, si produce a prescindere dal suo stato di buona o di mala fede, la quale rileverà unicamente con riferimento alla disciplina relativa a frutti, spese, miglioramenti e addizioni⁴.

Quanto ai presupposti dell'azione di petizione ereditaria, questa può, quindi, essere esercitata dal soggetto che si ritiene⁵ erede e che abbia accettato l'eredità, al fine di recuperare beni appartenenti all'asse ereditario⁶. Ciò, in base al nostro codice, può avvenire quando tali beni siano posseduti da un soggetto che affermi, in buona o in mala fede, di essere erede; o, in alternativa, quando un soggetto li possieda senza alcun titolo (cosiddetto 'usurpatore di beni ereditari').

Al fine di meglio tutelare la posizione dell'erede, che potrebbe essere pregiudicata da successivi trasferimenti dei beni ereditari, il nostro codice consente, inoltre, di esperire l'azione di petizione dell'eredità anche contro i terzi aventi causa da chi possiede a titolo di erede, o senza titolo, i beni ereditari o parte di essi (articolo 534 comma 1 c.c.).

⁴ In tal caso si applicano le disposizioni dettate in tema di possesso per quanto attiene alla restituzione dei frutti, alle spese, ai miglioramenti e addizioni a norma dell'articolo 535 comma 1 c.c., tenuto conto della buona o mala fede del possessore.

⁵ Si è utilizzata l'espressione «ritenersi erede» e non «essere erede», in quanto l'azione di petizione ereditaria è originata proprio da una contestazione intorno allo *status* di erede. La qualità di erede deve costituire *res litigiosa* tra le parti e, in quanto tale, formerà oggetto di accertamento da parte del giudice: solo in esito a tale accertamento, il giudice dichiarerà con sentenza chi è erede e chi dunque è titolato ad acquistare l'eredità.

⁶ Evidenti risultano essere le assonanze tra l'azione di petizione ereditaria e l'azione di rivendicazione, diretta alla restituzione del bene in forza dell'accertamento del diritto di proprietà del rivendicante. L'azione di petizione ereditaria, però, non mira all'accertamento del diritto di proprietà dell'erede sui beni di cui si richieda la restituzione, ma mira ad accertare la qualità di erede in capo all'attore e l'appartenenza dei beni all'asse ereditario. L'azione, pertanto, come autorevolmente sostenuto (Schlesinger), mira ad assicurare all'erede il ripristino della stessa situazione in cui *de facto* si trovava il *de cuius* rispetto a tutti beni che al momento della morte erano nella sua disponibilità. Ne deriva che se il possessore allega un titolo particolare non implicante l'attribuzione della sua qualità di erede, affermando ad esempio di aver acquistato il bene dal *de cuius* per atto *inter vivos*, non essendo in alcun modo in contestazione la qualità di erede, si dovrà agire al fine di contestare il diritto del possessore con la normale azione di rivendicazione.

Tale estensione, peraltro, subisce un temperamento volto a salvaguardare i diritti dei terzi che abbiano acquistato appunto dall'erede apparente. In particolare, la legge appresta una particolare tutela nei confronti dell'avente causa che, a titolo oneroso abbia, in buona fede, acquistato beni dal cosiddetto 'erede apparente'.

In tal caso l'ordinamento – il secondo comma dell'art. 534 del codice civile – fa salvo l'acquisto del terzo, che altrimenti risulterebbe ingiustamente pregiudicato⁷. La salvezza dell'acquisto dall'erede apparente è, tuttavia, subordinata al ricorrere di determinate condizioni: una oggettiva, che riguarda il tipo di negozio posto in essere, ed una soggettiva, che concerne la condizione del terzo.

In primo luogo, sul piano oggettivo, deve essere intervenuto un sacrificio economico da parte del terzo acquirente: il codice richiede, infatti, che l'acquisto sia avvenuto sulla base di una convenzione a titolo oneroso⁸, con conseguente esclusione di ogni acquisto effettuato gratuitamente, cioè senza un corrispondente esborso da parte del terzo. Ciò si spiega in quanto, nell'individuare il bilanciamento tra i contrapposti interessi dell'erede vero e del terzo avente causa dall'erede apparente, l'ordinamento decide che la tutela del primo, debba essere subordinata esclusivamente all'interesse di chi, dall'eventuale inopponibilità dell'acquisto, riceverebbe un danno, e non anche a quello di un soggetto – quale sarebbe il terzo avente causa dall'erede apparente che acquisti a titolo gratuito – che ne riceverebbe soltanto un mancato arricchimento.

In secondo luogo, sotto il profilo soggettivo, il terzo acquirente dall'erede apparente deve aver contratto in buona fede. In questo caso la buona fede,

⁷ A tali condizioni, poi, si aggiunge, quale presupposto di base, la natura mobiliare dei beni. La regola citata, infatti, vale solo quando oggetto dell'acquisto siano beni mobili non iscritti in pubblici registri. Ove l'acquisto del terzo abbia ad oggetto beni immobili o mobili registrati esso sarà, invece, soggetto al regime generale di opponibilità derivante dalla trascrizione: così, per i beni immobili e i mobili registrati, invece, affinché l'acquisto del terzo in buona fede sia fatto salvo, è necessario che sia trascritto anteriormente all'acquisto del vero erede (articolo 2648 c.c.) o alla domanda giudiziale (eventualmente anche la petizione di eredità proposta da questo contro l'erede apparente). Al contrario, se l'acquisto dall'erede apparente non è trascritto anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente, l'acquisto del vero erede dovrà necessariamente prevalere.

⁸ Rientrano tra le convenzioni a titolo oneroso sia i negozi traslativi del diritto di proprietà dei beni ereditari sia quelli costitutivi di diritti reali di godimento o di garanzia.

peraltro, a differenza di quanto avviene normalmente, non è presunta, ma deve essere provata dal terzo: infatti, in deroga alla regola generale dell'art. 1147 comma 3 c.c.⁹, in base alla quale la buona fede si presume, l'articolo 534 c.c.¹⁰ pone in capo al terzo l'onere di dimostrare il proprio stato soggettivo.

Alla luce di tale disciplina, può risolversi anche la questione relativa alla natura giuridica dell'acquisto dall'erede apparente. In particolare, secondo l'impostazione dottrinale prevalente, si tratterebbe di un'ipotesi di acquisto *a non domino*, che, in quanto espressione del principio dell'*apparentia iuris*, sarebbe in grado di derogare al principio secondo il quale un soggetto non può legittimamente trasferire un bene di cui non sia proprietario¹¹.

Per quanto concerne, invece, la posizione dell'erede apparente, questi, qualora sia di buona fede – la quale, tuttavia, non giova se l'errore dipende da colpa grave – è tenuto a restituire all'erede effettivo il prezzo o il corrispettivo

⁹ Il possesso di buona fede è così definito dall'art. 1147 c.c.: «È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. / La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto.».

¹⁰ Cfr. anche l'analoga regola di cui all'articolo 1189 c.c. con riferimento al pagamento al creditore apparente, per il quale si rinvia al cap. 3, ad esso dedicato.

¹¹ Si veda il noto brocardo: «*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*». Questo enuncia uno dei più importanti principi del nostro ordinamento civilistico, stabilendo che non è possibile trasferire ad altri un diritto che non si ha o un diritto più ampio rispetto a quello di cui si è titolari. Il principio, come spesso accade, è stato ereditato dal diritto romano: la sua paternità è infatti da attribuire al giurista Ulpiano, il quale lo enuncia in un brano del suo commentario all'editto, riportato dai compilatori giustiniane nel cinquantesimo ed ultimo libro del *Digesto*, che raccoglie i frammenti afferenti alle *regulae iuris* [D. 50.17.54 (Ulp. 46 *ad ed.*)]. In base a tale *regula*, vigente anche negli ordinamenti moderni, in caso di acquisto della proprietà o di altro diritto soggettivo a titolo derivativo, il dante causa può trasferire al suo avente causa soltanto un diritto pari a quello di cui è attualmente titolare. Una cessione che violasse tale limite sarebbe al contrario del tutto invalida, non potendo il *tradens* disporre di ciò che non gli spetta. Posto il principio, è necessario tuttavia precisare che esso, come ogni regola generale, incontra alcune eccezioni: questo non è applicabile, per esempio, in caso di acquisto a titolo originario, mancando la trasmissione del diritto da un soggetto all'altro. Inoltre, anche nel caso di acquisto a titolo derivativo sono possibili delle deroghe, laddove necessarie al fine di tutelare e dare preferenza ad ulteriori principi che, nel bilanciamento con quello in esame, devono essere preferiti, come avviene per il legittimo affidamento dell'acquirente. È quanto avviene, per esempio, per i casi che rientrano nella regola del cosiddetto possesso vale titolo, ossia i casi in cui un soggetto in buona fede può acquistare la proprietà per effetto della trasmissione del possesso a soggetto in buona fede, in base ad un titolo astrattamente idoneo, anche se il *tradens* non era l'effettivo proprietario del bene trasferito (acquisto *a non domino*). Per approfondimenti in merito al principio citato, si veda lo scritto, ad esso specificamente dedicato, di A. SALOMONE, *Intorno alla regola 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, in *TSDP* 10 (2017); si confrontino, inoltre, U. ALBANESE, *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, Milano: Hoepli, 1993, p. 246; L. DE MAURI, *Regulae iuris*, Milano: Hoepli, 1984, p. 19.

ricevuto dal terzo; mentre, se di mala fede, è obbligato a recuperare la cosa alienata per restituirla in natura o a pagarne il relativo valore¹².

2. La ricerca di un antecedente storico: il *possessor pro herede* nel contesto del diritto romano.

Così tratteggiata, seppur attraverso sintetici passaggi, la disciplina dell'apparenza giuridica in ambito ereditario nel nostro ordinamento, possiamo adesso finalmente volgere lo sguardo al passato, per cercare di individuare, tra gli istituti propri del diritto romano, tracce di fenomeni analoghi o comunque assimilabili a quelli appena descritti.

Rispetto a tale domanda, la risposta generalmente offerta dalla dottrina¹³ che si è occupata dell'apparenza giuridica, è che la figura dell'erede apparente avrebbe come suo antecedente storico nel diritto romano il *possessor hereditatis pro herede*¹⁴. Occorre, però, fin d'ora avvisare che tale prospettiva

¹² Art. 535 c.c. – *Possessore di beni ereditari*: «Le disposizioni in materia di possesso si applicano anche al possessore di beni ereditari, per quanto riguarda la restituzione dei frutti, le spese, i miglioramenti e le addizioni. / Il possessore in buona fede, che ha alienato pure in buona fede una cosa dell'eredità, è solo obbligato a restituire all'erede il prezzo o il corrispettivo ricevuto. Se il prezzo o il corrispettivo è ancora dovuto, l'erede subentra nel diritto di conseguirlo. / È possessore in buona fede colui che ha acquistato il possesso dei beni ereditari, ritenendo per errore di essere erede. La buona fede non giova se l'errore dipende da colpa grave.»

¹³ G. BRUNETTI, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente* (art. 933 Cod. civ. it.), Bologna: Tipografia Alfonso Garagnani e figli, 1895, p. 126: «Se vogliamo confrontare la terminologia moderna con quella antica, dobbiamo dire [...] che l'erede apparente del Codice civile italiano corrisponde al *possessor hereditatis pro herede* delle fonti romane» e p. 127: «[...] il legislatore italiano quando usava l'espressione erede apparente nell'art. 933, aveva proprio in mente il *possessor pro herede* del diritto romano, e non altro. Questo, secondo noi, è indubitato.»

¹⁴ Per l'analisi manualistica dei concetti di *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*, per lo più citati e analizzati, seppur con diversi livelli di approfondimento, nell'ambito della legittimazione passiva all'azione di petizione dell'eredità (*hereditatis petitio*), si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli: Jovene, 1978 (14^a ed. riveduta, ripr. dell'ed. Napoli: Jovene, 1968), pp. 560 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1987 (rist. corr. 10^a ed., ripr. dell'ed. Torino: Giappichelli, 1946), pp. 466 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino: UTET, 1993 (4^a ed.), pp. 692 ss. (già in A. BURDESE, *Gli istituti del diritto privato romano*, Torino: UTET, 1962, pp. 654 ss.); G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino: Giappichelli, 2011 (4^a ed.), pp. 244 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli: Jovene, 2001 (12^a ed.), pp. 470 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo: Palumbo, 1994 (2^a ed.), pp. 619 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania: Libreria editrice Torre, 2013 (6^a ed.), pp. 501 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova: Piccin, 1986, pp. 710 ss.; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino: Giappichelli, 2012, p.; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, Milano:

non è universalmente condivisa dagli autori, quantomeno nel suo valore assoluto. Se questo, infatti, è l'assunto di partenza sono tuttavia necessarie alcune precisazioni, che riguardano l'estensione dei due istituti, moderno e antico, tra i quali a ben vedere la sovrapponibilità non è perfetta e totale. In particolare, il concetto di *possessor pro herede* potrebbe risultare – secondo le osservazioni che negli anni la dottrina ha formulato – da un lato troppo ampio, dall'altro troppo ristretto rispetto al fenomeno modernamente conosciuto come 'erede apparente'.

Infatti, sotto il primo profilo, l'espressione 'erede apparente' diverge dal più ampio concetto di *possessor pro herede*, col quale le fonti romane identificano non soltanto colui che possiede i beni ereditari pur non potendo vantare il titolo di erede, ma anche colui che sia effettivamente erede. È stata, infatti, messa in luce la complessità del fenomeno qualificato nelle fonti come *possessio pro herede*, terminologia univoca ma ideata a ricomprendere ed individuare, accanto al possessore di beni ereditari, anche l'erede vero e proprio.

Allo stesso tempo, però, la medesima espressione *possessor pro herede* parrebbe troppo ristretta per identificare il concetto di erede apparente, nel cui novero, secondo parte della dottrina, dovrebbe ricomprendersi non soltanto il *possessor pro herede*, ma anche il diverso concetto di *possessor pro possessore*.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, tuttavia, occorre fin da subito precisare che non sussiste unanimità di vedute. Anzi, l'opinione prevalente è dell'avviso che, volendo cercare un corrispettivo antico del moderno concetto di erede apparente, questo possa individuarsi soltanto nel *possessor pro herede*, dovendosi invece escludere una similitudine o una connessione con la diversa figura del *possessor pro possessore*, che con esso non avrebbe niente a che fare.

Per comprendere la portata di quanto appena affermato e vagliarne la fondatezza è come sempre necessario e opportuno confrontarsi direttamente con le fonti tramandateci dagli giuristi antichi, per provare a chiarire, attraverso

LED, 2005 (2^a ed.), pp. 468 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1990, pp. 703 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma: Edizioni Ricerche, 1977, pp. 812 ss.

le loro stesse parole, quale sia l'estensione e il reale significato delle suddette espressioni.

2.1. La testimonianza di Gaio: *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*.

Il primo autore col quale è opportuno confrontarci è il giurista Gaio, il quale nelle sue *Istituzioni* prende in considerazioni le figure del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*, offrendoci i primi elementi utili per una loro definizione. Le due figure in particolare vengono in rilievo non in quanto tali, ma con riferimento ad una situazione peculiare, che chiama in causa l'analisi del principale istituto a tutela del possesso, ossia l'interdetto. Nello specifico, il passo che qui si riporta prende in esame l'*interdictum adipiscendae possessionis causa*, ossia quella particolare categoria di interdetto che il pretore poteva concedere a coloro che intendessero acquistare il possesso di un bene per la prima volta (*nunc primum*), essendo invece precluso – come precisa lo stesso Gaio – nel caso in cui il soggetto volesse recuperare un precedente possesso per varia causa perduto (*adeptus possessionem amiserit*). In quest'ultima ipotesi, infatti, il corretto strumento processuale utilizzabile sarebbe stato non l'*interdictum adipiscendae possessionis causa*, bensì il diverso *interdictum recuperandae possessionis causa*, configurato proprio per consentire il recupero della disponibilità di una *res*, che si era già posseduta in passato.

Gai. 4.144

Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est "Quorum bonorum"; eiusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possidet dolove fecit, quo minus possideret, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur. Pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. Ideo autem adipiscendae

possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.

Ora, una prima lettura di questo passo non sembrerebbe offrirci troppi elementi utili ai fini della ricostruzione del nostro istituto. Come spesso avviene, infatti, la fonte non introduce le categorie sostanziali, le quali non emergono in quanto tali, ma in rapporto a concrete situazioni che appare opportuno o necessario risolvere. Il giurista, infatti, non si preoccupa di definire i concetti astratti di *possessor pro possessore* e di *possessor pro herede* per puro vezzo erudito o per necessità classificatoria, ma più pragmaticamente al fine di chiarire la portata applicativa di un certo istituto processuale – nel caso di specie l'*interdictum adipiscendae possessionis causa* – sia dal punto di vista oggettivo che sotto il profilo soggettivo.

In particolare, il passo riferisce che tale interdetto apprestava una tutela al soggetto che avesse ottenuto la *bonorum possessio*, consentendogli di acquistare il possesso di quei beni che fossero in mano di colui che «*pro herede aut pro possessore possidet*». Il brano, però, non si ferma qui e subito dopo si premura di precisare quanto appena affermato, chiarendo la distinzione fra le due categorie soggettive appena citate. Così, anche se indirettamente, Gaio ci offre le definizioni a noi utili, spiegando anzitutto che con l'espressione «*pro herede [...] possidere*» si intende «*is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse*». Le parole di Gaio, dunque, sono chiare e non lasciano adito ad equivoci: possiede *pro herede* tanto chi 'è erede', quanto colui che 'reputa di essere erede'.

Ora, considerato il nostro assunto di partenza, ossia che l'erede apparente ha come suo antecedente storico il *possessor pro herede*, la seconda parte del discorso di Gaio non desta alcuna perplessità: anzi, essa appare del tutto in linea col dato di partenza, in quanto conferma pienamente quanto cerchiamo di dimostrare. Abbiamo detto, infatti, che, secondo la definizione moderna, erede apparente è colui che si comporta come erede, pur non essendo tale. Stando a Gaio, è qualificabile *possessor pro herede* colui che «*putat se heredem esse*». Quindi, dire che l'erede apparente ritiene di essere erede, è quanto dire che in

verità l'erede apparente erede non è. Gaio avrebbe potuto dire «ritiene erroneamente», ma sarebbe stata una precisazione del tutto superflua, tenuto conto che subito prima ha ricompreso nel medesimo concetto anche chi «*heres est*»: perciò, è oltremodo chiara la contrapposizione tra 'chi è' e 'chi reputa di essere', il quale *a contrario* e per forza di cose 'non è' (erede)¹⁵.

Se arrestassimo, dunque, l'analisi a questa prima parte del discorso di Gaio, senza prendere in considerazione il resto, non sussisterebbe alcuna contraddizione o divergenza tra il dato antico e quello moderno. Anzi, per buona pace di chi vuole ad ogni costo ricercare un perfetto riscontro tra passato e presente, potrebbe affermarsi una certa continuità, in quanto «*qui se heredem esse putat*» può senz'altro farsi rientrare nel moderno concetto di erede apparente.

Senonché, come visto, la portata della definizione gaiana è ben più ampia e idonea a mettere in crisi ogni tentativo di individuare la perfetta corrispondenza anzidetta. Infatti, prima ancora di fare riferimento a «colui che reputa di essere erede», Gaio afferma senza tentennamenti che *possessor pro herede* è anche «*qui heres est*». L'assunto gaiano suscita, allora, stupore in coloro che leggano tale passo con l'idea di riscontare un corrispondente del moderno concetto di erede apparente e che ambiscano ad individuare nelle fonti antiche le radici dei moderni istituti, come se questi debbano necessariamente rinvenire un antecedente, più o meno fedele e preciso, nel passato e da questo trarre a propria legittimazione.

Ma, se solo si abbandona tale prospettiva – che pure è quella dalla quale siamo partiti – e si analizza il passo gaiano di per sé considerato e calato nel proprio contesto storico-giuridico, quella medesima affermazione acquisisce subito un diverso significato: e, così, lo stupore iniziale abbandona il lettore.

Infatti, che una perfetta corrispondenza tra il concetto di erede apparente moderno e quello di *possessor pro herede* non possa sussistere lo si comprende già dalle stesse nomenclature dei due istituti: queste, infatti, pur facendo

¹⁵ L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, Torino, 1972, p. 930: «Quello che dicevasi “*possessore pro herede*” riceve un appellativo più distinto in duplice modo; e perché scolpisce la differenza che vi ha fra lui e il vero erede, e perché esprime il suo carattere estrinseco, che produce illusione nei terzi. Con tale generica qualificazione si raffigura colui che ritiene i beni ereditari del possesso, poiché erede apparente è colui che tanto in buona quanto in mala fede ritiene la eredità.».

entrambi riferimento ad un soggetto che «fa le veci» dell'erede (*pro*) e che dunque come tale «appare» agli occhi dei terzi, sono tuttavia costruite grammaticalmente in modo differente. Per meglio precisare, mentre la nozione moderna orbita attorno al sostantivo «erede», che rappresenta il concetto centrale da cui partire, quella romanistica di *possessor pro herede* utilizza il medesimo sostantivo *heres*, ma in qualità di complemento, che va a completare appunto e a definire qualificandolo il concetto di *possessor*. Tale constatazione banale appare, peraltro, confermata dal fatto che lo stesso Gaio mette in parallelo, contrapponendolo per differenziarlo, colui che possiede *pro herede* da un diverso tipo di *possessor*, ossia quello *pro possessore*. Insomma, appare chiaro che nella prospettiva antica – o per lo meno nel passo gaiano – ciò che interessa definire sono le diverse tipologie di possessore. Ciò che preme all'autore è, infatti, identificare e distinguere le diverse tipologie di possesso, ancora una volta non per mero interesse classificatorio, ma per individuare la diversa disciplina ad essere applicabile. Perché, infatti, a seconda che il soggetto possieda *pro herede* o possieda *pro possessore*, quel medesimo possesso riceverà un diverso trattamento giuridico. Tutto ciò in quanto, nonostante entrambe le situazioni afferiscano ad una medesima signoria di fatto, questa è qualificata soggettivamente in maniera diversa e come tale è destinataria di un differente trattamento giuridico.

D'altra parte, quanto appena osservato risulta evidente se solo si legga il passo nel contesto in cui Gaio lo affronta. Egli, infatti, introduce l'argomento subito dopo aver parlato degli interdetti, che, com'è noto, rappresentano il principale istituto predisposto dai pretori proprio per tutelare quelle situazioni fattuali corrispondenti al diritto di proprietà, le quali tuttavia non erano espressione di una proprietà civilisticamente intesa, ossia di un diritto o – volendo utilizzare le categorie generali moderne – di una situazione giuridicamente rilevante, riconosciuta e tutelata dal sistema di *ius civile*. Quindi, come si nota, tutta la definizione gaiana ruota attorno al possesso¹⁶, che nel caso che a noi interessa è una *possessio pro herede*, cioè un possesso 'a titolo di erede', ossia 'in qualità di erede', un possesso cioè posto in essere dal soggetto 'come se fosse erede'.

¹⁶ G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente*, Milano: Giuffrè, 1971, p. 197.

Se così è, allora, si spiega anche agevolmente la circostanza che nel concetto di *possessor pro herede* Gaio ricomprenda non solo chi 'reputa di essere erede' e, di conseguenza, possiede, ad esempio, il patrimonio del *de cuius* come se fosse il legittimo successore a titolo universale; ma, allo stesso modo, anche colui che 'è realmente ed effettivamente erede' e che, pertanto, a maggior ragione e a pieno titolo possiede *pro herede*, cioè appunto in qualità di erede, in quanto è il soggetto legittimamente titolato ad esercitare una signoria di fatto sui beni ereditari.

Diversamente, l'erede apparente moderno prende le mosse dalla figura e dal concetto di erede, che viene poi combinato con l'istituto dell'apparenza giuridica, del quale costituisce una delle principali manifestazioni. Nel contesto odierno, perciò, l'espressione 'erede apparente' richiama e individua colui che appare erede, colui che si comporta come successore universale del *de cuius* e come tale ingenera nei terzi il ragionevole convincimento di avere a che fare con un soggetto che è realmente subentrato *iure hereditario* al defunto. Ma tale concetto – come *supra* accennato – è, quantomeno nella sua portata astratta, del tutto sganciato dal possesso, che infatti non è richiesto per qualificare un soggetto come erede apparente. Semmai, il possesso potrà rilevare ai diversi fini della *petitio hereditatis*, che, laddove esercitata dall'erede contro chi possieda i beni ereditari 'a titolo di erede', necessariamente si dirige verso un 'erede apparente possessore', in quanto postula e presuppone la disponibilità materiale dei beni rivendicati da chi afferma di essere il vero successore.

2.2. La critica della dottrina alla presunta derivazione dell'erede apparente dal *possessor pro herede*.

Alla luce di quanto considerato, può allora concordarsi con quella dottrina che critica l'asserita derivazione del concetto di erede apparente da quello di *possessor pro herede*. Infatti, per quanto sia innegabile una certa vicinanza tra i due istituti, un'operazione tendente ad una piena omologazione risulterebbe erronea e, dunque, rischierebbe di essere fuorviante, allontanando l'interprete dall'obiettivo che lo anima, ossia la corretta interpretazione del diritto, moderno o antico che sia.

Il ricorso alle categorie e ai concetti propri del diritto contemporaneo per spiegare istituti estranei al nostro ordinamento – e propri, invece, o del passato o dei sistemi vigenti e accolti in altri paesi – è un'operazione a ben vedere del tutto naturale e, in certo modo, comprensibile. Potremmo quasi dire che è un procedimento inconscio, che ciascuno di noi probabilmente ad una prima analisi è portato a compiere, per la naturale propensione ad individuare e ricercare nel mondo che ci circonda un elemento di appiglio, un qualcosa di familiare. Si tratta, volendo azzardare una metafora extragiuridica, di un fenomeno simile a quello che accade quando ci rechiamo all'estero o comunque ci allontaniamo dai nostri luoghi di frequentazione abituale: quale che sia il nostro desiderio o la nostra vocazione di indipendenza e di novità, possiamo esser certi che nel momento in cui ci imatteremo, anche per puro caso, senza ricercarlo volontariamente, in qualcosa che richiami il nostro paese – sia una bandiera, un locale, o semplicemente un passante che parla la nostra lingua – tale coincidenza non ci lascerà nostro malgrado indifferenti: essa, con ogni probabilità susciterà in noi una reazione, sia pur un sorriso solo accennato, perché ci riporta, anche solo per un istante, a casa.

E, tralasciando la retorica, tale fenomeno non è poi così distante da quello che anima il giurista, che inevitabilmente nello spiegare e interpretare il diritto di altri ordinamenti cerca un raffronto con il proprio contesto di riferimento, nella speranza taciuta e irrisolta di poter spiegare fenomeni oscuri ricorrendo al confronto con quelli, ormai noti e ampiamente studiati, del proprio sistema.

Ma allora, se questa continua e – ripeto – inconscia, ricerca di qualcosa di familiare, di qualcosa di conosciuto e a noi consustanziale, è fenomeno del tutto naturale e automatico, ancor di più dobbiamo guardarcene e stare all'erta. Perché, se non può escludersi che a volte costruire un parallelo tra istituti di diversi ordinamenti o di diverse epoche storiche è operazione apprezzabile e finanche imprescindibile, è indubbio che in altri casi ciò rischia di portare ad un facile appiattimento sulle categorie moderne, che conduce a risultati sterili e incapaci di cogliere la reale essenza del fenomeno giuridico di volta in volta studiato.

Questo è il risultato distorto da cui tenta di mettere in guardia quella parte della dottrina che rifiuta con forza il paragone tra l'erede apparente moderno e il *possessor pro herede* delle fonti romane, definendo un simile accostamento

alla stregua di un «discutibile apriorismo». Con tale forte espressione si vuole evidenziare che il ricorso diretto alle fonti romane per tentare di spiegare fenomeni e istituti propri della modernità giuridica nasconde un ineliminabile rischio, è stato descritto, in modo assai evocativo, mediante una duplice metafora.

In particolare, la prima immagine, attraverso un rinvio al mondo della medicina e della chirurgia, qualifica tale tentativo alla stregua di un'operazione di trapianto di organi: la quale, esige, per garantire un esito positivo e scongiurare il rischio di un eventuale «rigetto», una scrupolosa e imprescindibile analisi circa l'omogeneità tra la fisiologia del sistema donante e di quello ricevente, la cui eventuale incompatibilità precluderebbe inevitabilmente la buona riuscita dell'innesto¹⁷.

La seconda metafora, invece, richiamando il mondo sartoriale, rileva come il *possessor pro herede* e l'erede apparente in verità vestirebbero «taglie» diverse, tanto che il secondo non potrebbe, senza un previo intervento di sapiente sartoria, indossare l'abito del primo¹⁸.

Sulla base di tali presupposti, è stata quindi sottolineata l'inutilità di una «adozione monca», cioè di un rinvio che, stante l'impossibilità di operare in via assoluta non può che essere relativo e parziale. Tale collegamento, dunque, oltre che improprio, appare insoddisfacente, in quanto inidoneo a realizzare lo scopo cui ogni rinvio dovrebbe tendere: esso infatti, dovrebbe mirare ad agevolare il compito dell'interprete, che, per definire i connotati e delineare la struttura e la disciplina di un certo istituto, può semplicemente fare riferimento ad un dato già esistente, così da ricavare in modo inferenziale il dato ignoto da un qualcosa che è già noto e conosciuto. Sennonché, nel momento stesso in cui ci si rende conto che la sovrapponibilità tra i due elementi di confronto non è

¹⁷ G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente* cit., p. 195 ritiene che il ricorso alle fonti romane per spiegare la figura dell'erede apparente imponga un'indagine sugli elementi di struttura dell'istituto antico, «per verificare se quel “trapianto” non comporti dei meccanismi di “rigetto” da parte dell'ordinamento ricevente» e prosegue poi (ID., p. 200): «il proposto “trapianto” – perché tra organi non omogenei – non serve; l'adozione è monca e, nello stesso tempo, insostenibile».

¹⁸ La metafora è stata ideata da G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente* cit., p. 188: «se il *possessor pro herede* oltre a “*is qui putat se heredem esse*”, è anche “*is qui heres est*” – ed è quindi lo stesso erede vero – è agevole dedurre che una differenza di taglie impedisce che la veste romana del *possessor pro herede* possa essere indossata senza correzione alcuna dall'erede apparente moderno».

perfetta e, anzi, lascia ampio margine di sfasatura e di disallineamento, allora, proprio in tale istante un siffatto tentativo di raffronto manifesta tutta la sua inadeguatezza e insufficienza: esso, infatti, può sopravvivere solo se debitamente corredato da una nuova definizione, che, andando a colmare le falle lasciate aperte, consenta un inquadramento completo dell'istituto. Ma allora, se così è – osserva la dottrina criticamente – nel momento stesso in cui il rinvio necessita di essere corredato di un'ulteriore definizione, perde ogni significato e, al contempo, si dissolve l'esigenza che ne aveva giustificato il ricorso¹⁹.

3. *Possessor pro herede* e *possessor pro possessore* nella definizione di Ulpiano.

3.1. La definizione ulpiana di *possessor pro herede*.

Se queste sono le principali critiche che son state mosse rispetto all'affermazione di una perfetta assimilabilità e corrispondenza tra l'istituto dell'erede apparente e quello del *possessor pro herede*, occorre adesso affrontare il secondo aspetto su cui la dottrina ha in passato discusso: ossia la possibilità – *supra* accennata – di far rientrare nell'ambito del concetto di erede apparente moderno non solo il *possessor pro herede*, ma anche il *possessor pro possessore* delle fonti romane.

Sul punto, soprattutto in passato, parte della dottrina, nel definire il concetto di erede apparente attraverso un confronto anche con gli istituti propri del diritto romano, non ha esitato ad effettuare un rinvio omnicomprensivo ad entrambe le figure del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*. I fautori di tale posizione argomentavano la loro teoria mediante diverse considerazioni, fondate principalmente sull'analisi dell'elemento soggettivo che accompagna la condizione dell'erede apparente. La loro ricostruzione si

¹⁹ Di nuovo il riferimento è a G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente* cit., p. 200: «La natura di un qualcosa non può essere spiegata in termini di semplice rinvio ad un fenomeno, contemporaneamente precisando che quel rinvio non è totale, ma relativo. E, viceversa, quella recezione non soddisfa perché parziale: essa deturpa le dimensioni e gli aspetti dell'oggetto recepito. Nel momento stesso in cui tutto questo si verifica, il rinvio impone una nuova definizione, ed in se stesso non ha più senso alcuno.».

basava, in particolare, sul rilievo per cui nel diritto odierno l'erede apparente è semplicemente definito in relazione all'apparenza della qualifica di erede, essendo al contrario privo di rilievo l'*animus* che accompagna tale condizione. In altre parole, tali autori sottolineano che l'erede apparente moderno è definito tale in virtù del suo sembrare erede, al fatto di comportarsi come un erede vero e di apparire ai terzi come tale, così da determinare il loro convincimento circa l'effettiva sussistenza di detta qualifica, senza che a tal fine rivesta importanza lo stato soggettivo di buona o mala fede del medesimo. Sulla base di tale assunto, perciò, tali autori traggono come conseguenza del tutto ovvia e – a parer loro – indubitata che il cosiddetto 'erede apparente' non sia altro che l'evoluzione moderna del *possessor pro herede* o *pro possessore* del diritto romano²⁰.

Tuttavia, accedendo a questa tesi e, dunque, assumendo che *possessor pro herede* e *possessor pro possessore* siano entrambi eredi apparenti – in quanto all'interno del concetto di erede apparente non si distingue tra quello di buona e di mala fede – tuttavia ciò non significa che la dicotomia operata nella categoria dell'erede apparente, sulla base dello *status* soggettivo di questo, possa essere utilizzata come *discrimen* tra le figure esaminate del diritto romano.

In altre parole, tale teoria esclude che la distinzione tra erede apparente in buona fede e erede apparente in mala fede possa corrispondere semplicemente a quella tra *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*. Ciò sulla base del fatto che, se può affermarsi che il *possessor pro possessore* è sicuramente un soggetto che agisce in mala fede, perché non vanta alcun titolo a sostegno del proprio possesso e, interrogato circa il motivo della disponibilità del bene,

²⁰ In tal senso si veda quanto affermato da A. MAIERINI, *Studi intorno all'art. 933 del Codice civile*, in *La Legge*, 2/12 (1872), pp. 5-6; 14-17; 25-30; 49-55; 73-83 (cfr. in particolare p. 6): «Come indicano le parole stesse erede apparente è chi possiede come erede mentre in realtà non è tale, è il *possessor pro herede* o *pro possessore* del diritto romano, essendo indifferente che egli possieda in buona o in mala fede»; e, inoltre, l'opinione di A. TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti*, 2. *Del possesso qual titolo apparente universale*, rubr. I, *Qual sia l'erede apparente*, Torino: Fratelli Bocca, 1878, par. 547 ss., pp. 607 ss., e, in appendice, ID., *Nota intorno ad una recente interpretazione della l. 25 § 17 D. De hereditatis petitione*, p. 887, in particolare, p. 538: «[...] il primo *qui pro herede possidet*, perché pretende espressamente al diritto ereditario, offendendo il diritto del vero erede. Il secondo *qui pro possessore possidet*, perché, non allegando in specie alcun diritto, si presume pretendere a tutti i diritti e tutti offenderli. Codesti possessori della universalità oggidi, per l'art. 933, si chiamano eredi apparenti di buona o di mala fede.»

risponde semplicemente «perché possiedo»²¹, (con consapevolezza o comunque con accettazione consapevole del rischio di ledere un altrui²²) non può però dirsi il contrario, ossia che la mala fede accompagni sempre e solo tale categoria di possessore. Infatti, tale condizione soggettiva potrebbe essere propria anche di colui che agisca in giudizio vantando un preciso titolo e, in particolare il titolo di erede. Detto altrimenti, potrebbe darsi il caso che anche il *possessor pro herede* sia accompagnato da mala fede. Infatti, gli autori latini definiscono *possessor pro herede* come colui che, interrogato sul motivo del proprio possesso, risponde «perché sono erede»²³. Pertanto, *possessor pro herede* è colui che afferma la propria qualità di erede, a prescindere dal fatto che tale affermazione avvenga in virtù di un erroneo convincimento, oppure sia accompagnata dalla consapevolezza dell'assenza di tale *status*. Ciò che conta, infatti, è la semplice auto-qualifica come erede, a prescindere dall'intento menzognero che sia o meno ad essa sotteso.

Da ciò consegue, dunque, che, se il *possessor pro possessore* è sicuramente in mala fede, non è detto però che chi possiede *pro herede* sia necessariamente in buona fede. Ed ecco perché i sostenitori di tale posizione escludono, a ragione, che la contrapposizione tra *possessor pro herede* e *pro possessore* sia alla base della distinzione tra erede apparente in buona e in mala fede²⁴.

La appena esposta ricostruzione, che pare ampliare le maglie della nozione di erede apparente fino a ricomprendervi anche il *possessor pro possessore*, è stata però successivamente rifiutata dalla dottrina, che, tornata ad occuparsi dell'erede apparente e dei suoi possibili antecedenti storici, ha criticato tale

²¹ D. 5.3.11.pr. (Ulp. 15 *ad ed.*): «*Pro herede possidet, qui putat se heredem esse.*»

²² Tale consapevolezza o accettazione consapevole corrisponde senza dubbio allo stato di mala fede, in senso soggettivo. La buona fede in senso soggettivo è, infatti, l'ignoranza di ledere l'altrui diritto: conseguentemente, chi agisca nella consapevolezza di ledere o violare l'altrui sfera soggettiva non potrà che agire in mala fede.

²³ Ulpiano prosegue, infatti, affermando che «*pro possessore possidet*» «[...] *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit "quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium*», ossia che possiede *pro possessore* chi interrogato sul perché possieda, risponderà «poiché possiedo» e non affermerà di essere erede, neppure per menzogna. Cfr. D. 5.3.12 (Ulp. 67 *ad ed.*).

²⁴ A. TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti*, cit., p. 538: «[...] bisogna guardarsi dal confondere l'erede apparente di buona fede col *possessor pro herede* e l'erede apparente di mala fede col *possessor pro possessore*, giacché anche tra i possessori *pro herede* se ne trovano di mala fede»; e ID., p. 675: «Codesti possessori delle universalità si chiamano eredi apparenti di buona o di mala fede: ma la distinzione non risponde all'altra *pro herede* o *pro possessore*: perché anche il possessore *pro herede* può essere di mala fede.».

lettura – eccessivamente ampia – dell'istituto e ha accolto un'impostazione maggiormente selettiva, ammettendo che il concetto di erede apparente potesse abbracciare solo la figura del *possessor pro herede*.

Tali autori fondano la propria posizione sull'interpretazione letterale dei passi contenuti nella compilazione giustinianea, che si occupano di tali istituti. In particolare, a riguardo vengono in rilievo i già citati frammenti di Ulpiano contenuti nel libro quinto del Digesto, tratti dal quindicesimo libro del suo commentario all'editto. È opportuno, pertanto, come sempre partire da una lettura dei brani in questione, poiché solo attraverso le parole degli autori è possibile fare chiarezza sulle relative interpretazioni che sono state offerte, per valutare se sia possibile accoglierle, integralmente o parzialmente, o se, viceversa, sia opportuno distaccarsene.

D. 5.3.11.pr. (Ulp. 15 *ad ed.*)

Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.

Il primo passo che occorre analizzare è il principio del frammento 11 del titolo terzo, il cui *incipit* recita «*pro herede possidet*». Il brano, infatti, inizia con una definizione del *possessor pro herede*, che secondo Ulpiano è «*qui putat se heredem esse*», ossia chi reputa di essere erede, chi ritiene di poter vantare la qualifica soggettiva di successore *mortis causa*. Tale definizione prelude, però, ad una domanda, che Ulpiano subito dopo introduce, interrogandosi se possa considerarsi *possessor pro herede* anche chi sappia di non essere erede, ossia chi abbia la piena consapevolezza circa la carenza del titolo che legittimerebbe il possesso del patrimonio ereditario. Rispetto a tale quesito Ulpiano offre risposta positiva, rinviando peraltro al pensiero dei suoi autorevoli predecessori e sottolineando come, a ben vedere, in effetti anche il *bonorum possessor* possiede *pro herede*. Infatti, il soggetto cui sia concessa la *bonorum possessio* è consapevole dell'assenza della qualifica civilistica che gli consentirebbe di accedere allo *status* di erede *ex iure civili* e, proprio per

questo, è necessario supplire a tale carenza mediante l'intervento del diritto pretorio.

Ma, in effetti, è proprio questo il compito del pretore: intervenire a sostegno di quelle situazioni in cui il diritto civile manifesta una insufficienza, a fronte di una situazione di fatto che risulta meritevole di tutela²⁵. La *bonorum possessio*, non a caso, è proprio congegnata per consentire a quei soggetti, che altrimenti sarebbero esclusi dalla successione, di ottenere il possesso dei beni ereditari pur non rientrando tra gli *heredes civiles*.

Ciò posto, laddove un soggetto, che non sia erede e sappia di non poterlo essere, chieda e ottenga dal pretore la concessione della *bonorum possessio*, da quel momento sarà possessore dei beni. E, quanto al titolo di tale possesso, sicuramente egli disporrà dei beni in qualità di erede: erede pretorio, certo, ma pur sempre erede. Ma allo stesso tempo sarà consapevole di non essere l'erede civilistico e, dunque, laddove affermi la propria qualifica di *heres* nell'ambito di un'azione di petizione dell'eredità promossa dall'erede erede vero (inteso come '*heres civilis*, che per il *ius civile* è il solo e unico erede) sarebbe senz'altro in mala fede. Ecco, dunque, perché Ulpiano sente l'esigenza di richiamare la *bonorum possessio* per spiegare la propria risposta positiva rispetto al quesito sollevato. Perché se il *bonorum possessor* è senz'altro *possessor pro herede*, e se quello stesso *bonorum possessor* può altrettanto indubbiamente sostenere in mala fede la propria qualifica di *heres* di fronte all'erede civilistico, allora attraverso un banale sillogismo non si può che essere d'accordo con Ulpiano e si dovrà necessariamente concludere che il *possessor pro herede* può essere anche colui che sa di non essere erede («*qui scit se heredem non esse*»).

Se così è, deve allora concordarsi con quell'opinione che affermava l'impossibilità di spiegare la distinzione tra *possessor pro herede* e *possessor pro possessore* semplicemente distinguendo tra buona e mala fede. Se, infatti, il *possessor pro herede* può essere, come visto, anche un soggetto consapevole

²⁵ A riguardo basti citare la celebre definizione che Papiniano offre del diritto pretorio: D. 1.1.7.1 (Pap. 2 def.): «*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*» Laddove la definizione di *ius civile* era stata esposta nel frammento immediatamente precedente dallo stesso Papiniano: D. 1.1.7.pr. (Pap. 2 def.): «*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*»

della carenza della propria qualifica di erede, ciò significa che il *possessor pro herede* può essere in mala fede. Ma, se tale ragionamento è corretto, allora le asserite corrispondenze «*possessor pro herede*-buona fede» e «*possessor pro possessore*-mala fede» inevitabilmente si dissolvono e si conferma l'impossibilità di fondare la distinzione tra i due *possessores* sulla base dell'elemento soggettivo della *bona* o *mala fides*.

3.2. La definizione ulpiana di *possessor pro possessore*.

Dopo aver definito il *possessor pro herede*, Ulpiano passa, poi, a definire l'altro tipo di possessore, ossia quello che gli antichi qualificano come *pro possessore*.

D. 5.3.11.1 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Pro possessore vero possidet praedo, [...]

L'*incipit* del frammento D. 5.3.11.1 è del tutto speculare a quello del brano immediatamente precedente, rispetto al quale si pone in contrapposizione, come dimostra la congiunzione avversativa «*vero*»²⁶. Attraverso la simmetria «*pro herede possidet*» del *principium* e la successiva «*pro possessore possidet*» del frammento 1, Ulpiano mette in evidenza le due diverse tipologie di possesso, così da tracciare una linea di confine ed evitare confusioni concettuali. A tal fine, il «*vero*» serve proprio a sottolineare l'alterità dei concetti, la loro non sovrapponibilità, come dire che se un soggetto «*possidet pro herede*», allora quello stesso soggetto non può «*possidere pro possessore*»²⁷. E, infatti, Ulpiano afferma che possiede *pro possessore* il

²⁶ Nel brano il giurista utilizza la parola «*vero*», che è la più forte tra le congiunzioni di tipo avversativo latine. Il «*vero*» è, infatti, il «*ma*» nella forma più radicale: è il «*ma*» che segna un'alternativa netta e *tranchant* con quanto è stato enunciato prima dell'affermazione introdotta dallo stesso «*vero*».

²⁷ G. BRUNETTI, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente*, p. 126: «Il *possessor pro herede* è colui che possiede l'eredità come erede, che si vanta erede, che manifesta in tutti i modi l'*animus heredis*, che, interrogato perché possiede l'eredità, risponde: "perché sono l'erede". Non importa poi che egli possieda in buona o in mala fede, che non abbia nessun titolo effettivo a fondamento del suo vanto di erede, che egli risponda di essere l'erede anche sapendo di mentire: basta che agisca come erede, e che *contendat se heredem esse*. Questi è appunto l'erede apparente.». Dopodiché, passando ad occuparsi del *possessor pro possessore*, l'autore prosegue: «Invece il *possessor pro possessore* è colui che non manifesta in nessun modo l'*animus heredis*, che non afferma di essere erede nemmeno per

praedo, cioè il predone, il ladro, il brigante, ossia quel soggetto che abbia ottenuto il possesso del bene in modo illecito, con violenza, o clandestinamente. Si fa, dunque, riferimento a colui che agisce nella totale consapevolezza di ledere la posizione di un altro soggetto, sia essa una situazione di vero e proprio diritto, come nel caso in cui la lesione colpisca il *dominus*, ossia il titolare del diritto di proprietà, sia che la sottrazione avvenga a danno di colui che abbia il bene in virtù di una mera relazione di fatto, e sia perciò possessore, ma legittimo.

Ulpiano, dunque, nel momento stesso in cui afferma che il *possessor pro possessore* è il *praedo*, introduce un elemento di disvalore ed è come se affermasse, seppur indirettamente, che possiede *pro possessore* colui che possiede in mala fede.

Ma la definizione ulpiana non si ferma qui: il giurista, infatti, prosegue nel tratteggiare i caratteri del *possessor pro possessore* portando avanti il parallelismo con il *possessor pro herede*, come dimostrano i due brani seguenti.

D. 5.3.12 (Ulp. 67 *ad ed.*)

Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit "quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium,

D. 5.3.13.pr. (Ulp. 15 *ad ed.*)

Nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

Nel frammento 12 emerge con evidenza l'andamento speculare rispetto ai due frammenti precedenti. Se, da un lato, il *possessor pro herede* era colui che «*se heredem esse putat*», il *possessor pro possessore*, al contrario, è colui che «*se heredem non contendet*». Quindi la prima contrapposizione di Ulpiano è quella legata alla consapevolezza circa la propria qualifica di successore e, dunque, circa la relativa spendita del titolo di erede. Infatti, il *possessor pro herede* sarà colui che nell'eventuale processo di petizione dell'eredità, a fronte

menzogna (*non contendit se heredem vel per mendacium*), colui che, interrogato perché possieda, senza vantare affatto la qualità ereditaria, risponde semplicemente: «perché possiedo» (*qui interrogatus cur possideat, respondurus sit: quia possideo*). Ora questi, che non possiede come erede, non può apparire erede, e perciò non può essere un erede apparente.»

della domanda «perché possiedi?», risponderà semplicemente – e tautologicamente – «perché possiedo», senza addurre alcuna giustificazione o alcun titolo legittimante a sostegno della propria signoria di fatto sui beni oggetto di contesa. E ciò è quanto vale a distinguerlo dal *possessor pro herede*, che nell'ambito del medesimo processo, a fronte della medesima domanda volta ad indagare la ragione del possesso, afferma invece la propria qualità di erede. E questo sia nell'ipotesi in cui effettivamente ritenga di essere il legittimo successore rispetto ai beni in questione, sia nella diversa ipotesi in cui di tale convinzione sia privo e, dunque, affermi la propria qualità di erede per menzogna. Di nuovo, l'esempio è quello anzidetto del *bonorum possessor*, che, convenuto in giudizio dall'*heres civilis*, affermi la propria qualifica di erede, pur nella consapevolezza di non essere erede per il diritto civile, ma di essere semmai un mero erede pretorio, che può vantare semplicemente la *bonorum possessio*, ma non certo il titolo di *heres ex iure civili*.

Ed ecco che viene in rilievo il secondo parallelismo di Ulpiano, che infatti nel giustificare la risposta resa dal *bonorum possessor* di fronte alla domanda «perché possiedi?», ritiene che tale soggetto non adduca alcuna motivazione al proprio possesso, neppure frutto di una menzogna. In altre parole, il *possessor pro possessore* non si preoccupa affatto di giustificare il proprio possesso, né affermando la sussistenza di un falso titolo, né adducendo una qualsivoglia altra causa («*nec contendet se heredem vel per mendacium [...] nec ullam causam possessionis possit dicere*»). Quindi, non solo non afferma di essere erede nella convinzione di esserlo, ma non lo afferma neppure mentendo, ossia nel tentativo di giustificare la propria posizione dichiarando una situazione che sa inesistente. In quest'ultimo caso, infatti, si ricadrebbe nell'ipotesi precedente e il soggetto non sarebbe un *possessor pro possessore*, che afferma di possedere perché possiede, ma un *possessor pro herede*, che dichiara di possedere perché è erede, a prescindere dal fatto che una simile affermazione sia resa in buona o in mala fede, poiché frutto di un erroneo ma incolpevole convincimento o, viceversa, di una menzogna.

Ciò posto, dunque, Ulpiano conclude che sia il ladro che il rapinatore («*fur et raptor*») – entrambi rientranti nella categoria dei *praedones*, ossia dei cosiddetti briganti, dei soggetti dediti ad attività illecite – sono obbligati in base all'azione di petizione dell'eredità («*petitione hereditatis tenentur*»).

Dopodiché, a conferma e a rafforzamento di quanto appena detto, nei successivi brani Ulpiano porta ulteriori esempi di acquisto sulla base di titoli consapevolmente invalidi, che attribuiscono al soggetto acquirente la qualifica di mero possessore. Ulpiano individua, infatti, una stretta connessione fra il titolo di *possessor pro possessore* e gli altri titoli in virtù dei quali può determinarsi un acquisto, fra i quali cita a titolo esemplificativo, la compravendita, la donazione, la dazione di dote e il legato avente una causa falsa.

D. 5.3.13.1 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. Denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Iuliani sententia pro possessore possidere eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.

In tutti questi casi, infatti, secondo il giurista – avvenga l'acquisto a titolo oneroso, come nella compravendita, a titolo di gratuito, come nella donazione, o in vista di un'unione coniugale – l'acquisto del possesso richiede una serie di presupposti in assenza dei quali non potrà dirsi perfezionato. Perciò, in tutte le ipotesi in cui manchino i requisiti richiesti, il soggetto acquirente che abbia ottenuto il possesso nella consapevolezza di tale carenza, non potrà dirsi proprietario dei beni posseduti, rispetto ai quali sarà un semplice possessore. Su di essi, infatti, non potrà esercitare una signoria di diritto *uti dominus*, ma una mera signoria di fatto. In altre parole, sarà rispetto ad essi un *possessor pro possessore*. Così chi abbia acquistato un bene ereditario da un soggetto che sappia essere insano di mente (*furiosus*), così la moglie che abbia ricevuto una donazione («*pro donato*») dal proprio marito – o viceversa – nonostante il noto divieto di donazioni fra coniugi; o, ancora, il marito che abbia ricevuto beni in dote («*pro dote*») dalla moglie infradodicenne («*minor duodecim annis*

nupta)»²⁸, pur essendo perfettamente al corrente dell'età della medesima. Infine, anche nel caso in cui il soggetto legatario sia stato destinatario di un legato fondato su di una causa che egli sapeva essere falsa²⁹, dovrà ugualmente considerarsi un mero possessore, avendo ugualmente acquistato il bene sulla base di un titolo della cui invalidità era al corrente. In tutti questi casi, secondo Ulpiano – il quale accetta e conferma il parere reso da Giuliano sulla questione («*placet nobis Iuliani sententia*») – il soggetto che abbia acquistato il bene sulla base di un titolo che egli sapeva essere invalido sarà tenuto a rispondere in base all'azione di petizione dell'eredità («*petitione hereditatis tenebitur*»).

Diversamente, tale azione non potrà venire in rilievo nell'ipotesi in cui il soggetto abbia restituito l'eredità, purché abbia fatto ciò in uno stato di buona fede. Laddove, invece, la dazione sia avvenuta con dolo, il soggetto sarà tenuto in base alla medesima azione di petizione, rispetto alla quale, come precisa il giurista, viene in rilievo anche il «*dolus praeteritus*», ossia il cosiddetto «dolo del tempo passato». In tale ipotesi, infatti, è come se il soggetto avesse dolosamente cessato di possedere i beni («*quasi dolo desierit possidere*»), in quanto egli li ha ceduti con la consapevolezza di non doverli dare: ha, perciò, agito con dolo, ossia con uno stato soggettivo che, di nuovo, implica la consapevolezza di porre in essere un atto che in realtà non dovrebbe essere compiuto.

D. 5.3.13.2 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Is autem qui restituit hereditatem teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est si scit et restituit: nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.

²⁸ L'età richiesta per contrarre un valido matrimonio a Roma era di quattordici anni per gli uomini e dodici anni per le donne. Sul punto, si rinvia alle osservazioni contenute nel cap. 5, par. 4.1.3.

²⁹ Ulpiano non specifica il tipo di legato, ma l'esempio immaginato fa verosimilmente riferimento ad un legato *per damnationem*, disposizione a titolo particolare ad effetti obbligatori, in cui l'erede o in generale l'onereato è tenuto al compimento di una determinata obbligazione di *dare* o di *facere* a favore del soggetto onerato (legatario). In tal caso, laddove il titolo da cui scaturisce tale obbligazione sia falso, è chiaro che non potrà prodursi l'effetto giuridico cui era volto. Perciò, nell'ipotesi di legato avente ad oggetto l'obbligo per l'erede di trasferire la proprietà di un singolo bene dell'asse ereditario in favore del soggetto legatario, laddove il legato sia falso e il legatario sia a conoscenza di tale falsità, non si produrrà l'acquisto e il legatario non diverrà proprietario del bene trasferito, ma semplicemente un mero possessore (*possessor pro possessore*).

4. L'estensione della *petitio hereditatis* nelle ipotesi di trasferimento dal *possessor pro herede* e dal *possessor pro possessore*.

Il successivo brano del Digesto prende ancora in considerazione le figure del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*, ma questa volta non direttamente, bensì come danti causa nell'eventualità di un fenomeno di successione *mortis causa*. L'ipotesi considerata da Ulpiano è, infatti, quella in cui un soggetto che abbia il possesso dei beni ereditari muoia e il suo patrimonio passi a titolo ereditario al successore a titolo universale. In questo caso, quindi, il vero erede, laddove intenda esercitare l'azione di petizione dell'eredità, essendo venuto meno il soggetto che aveva il possesso dei beni oggetto di contesa, dovrebbe esercitarla nei confronti dell'avente causa. Il quesito che Ulpiano implicitamente pone è quello relativo alla sussistenza di un diverso regime, in tale ipotesi, a seconda che il *de cuius* possedesse quei beni in qualità di *possessor pro herede* o di *possessor pro possessore*.

D. 5.3.13.3 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Neratius libro sexto membranarum scribit ab herede peti hereditatem posse, etiam si ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedissee. Idem esse libro septimo ait etiam si putavit heres eas res ex hac hereditate esse quae sibi delata est.

La risposta a tale interrogativo – come spesso accade nelle fonti romane³⁰ – viene rinvenuta nel pensiero di un precedente giurista, Nerazio, il quale ritiene

³⁰ Nel passo citato assistiamo ad un tipico esempio di dialogo tra giuristi, che sovente si rinviene nei brani del *Digesto*. Il diritto romano è diritto casistico, giurisprudenziale, rimediale, è frutto della stratificazione dei *responsa* che nei secoli i giuristi sono stati chiamati a rendere in ordine a casi specifici. Pertanto, è del tutto normale che i giuristi delle epoche successive si trovino a dover fare i conti con le opinioni dei *prudentes* che li hanno preceduti, talvolta, come nel caso che qui si commenta, allineandosi con quanto sostenuto in precedenza, altre volta distaccandosene e addivenendo ad una diversa soluzione del problema. Ciò dà vita al cosiddetto diritto controversiale, lo *ius controversum*, espressione che meglio di ogni altra tratteggia ed esprime l'anima del diritto romano: un diritto casistico, dalla vocazione indubbiamente pragmatica, ma allo stesso tempo analitica, con una irrinunciabile attenzione alle specificità del singolo caso concreto che invoca *iustitia*.

che la diversa qualifica del possessore in questo caso non comporti alcuna differenza rispetto all'esercizio dell'azione di petizione. Perciò, anche laddove l'erede-attore ignori a quale titolo il defunto possedesse i beni («*ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedissee*»), potrà comunque convenire in giudizio l'erede di questo, esercitando nei suoi confronti l'azione di petizione dell'eredità. Peraltro, la seconda parte del brano aggiunge che la medesima facoltà spetta pure nell'ipotesi in cui l'erede convenuto ritenga che il proprio dante causa sia proprietario e, dunque, legittimo titolare – e non mero possessore – dei beni ereditati: anche in tale ipotesi potrà essere destinatario della petizione di eredità.

Nei successivi brani del frammento 13 Ulpiano continua a passare in rassegna le diverse ipotesi di esercizio dell'azione di petizione dell'eredità, prendendo in considerazione una serie di casi in cui, pur dovendosi teoricamente escludere l'esperibilità della *petitio hereditatis* in senso proprio, viene avvalorata la possibilità che la stessa sia concessa in via di *actio utilis*. Ciò, in particolare, si verifica nell'ipotesi in cui il possessore dell'eredità trasferisca la medesima a titolo di compravendita³¹, anche allorquando tale vendita sia avvenuta in ottemperanza di un obbligo contenuto in un fedecommesso³².

Di nuovo la locuzione *pro herede* compare nel sesto frammento, ma questa volta per escludere che tale qualifica possa essere accordata all'erede del possessore dei beni ereditari.

D. 5.3.13.6 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Sed et si retenta certa quantitate restituere rogatus sit, idem erit dicendum. Plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Papinianus ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod condicionis implendae gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in

³¹ D. 5.3.13.4: «*Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.*»

³² D. 5.3.13.5 (Ulp. 15 *ad ed.*): «*Idem erit dicendum et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.*»

statulibero contra: et id verius est, quia pecunia hereditaria est.

La situazione presa in considerazione è il caso in cui l'erede del possessore dei beni ereditari sia onerato da un fedecommissio universale, ossia un fedecommissio che gli impone di trasferire l'intera eredità ad un terzo soggetto, onorato. Nell'ambito di tale ipotesi, il giurista contempla poi due diversi casi, il primo (frammento 6) in cui l'erede-fedecommissario viene compensato per tale trasferimento mediante l'attribuzione di una somma di denaro, il secondo (frammento 7) in cui, invece, allo stesso, pur privandosi della massa patrimoniale, è concesso di trattenere i frutti dell'eredità.

D. 5.3.13.7 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Idem et in eo qui solus fructus ex hereditate retinet, dicendum erit: tenetur enim et is hereditatis petitione.

In entrambi i casi, Ulpiano si interroga se (nel primo caso) il denaro ricevuto o (nel secondo caso) i frutti percepiti possano considerarsi posseduti come *possessor pro herede*. La questione pare discussa fra gli stessi giuristi romani, fra i quali, stando al resoconto ulpiano, non sussiste sul punto unanimità di vedute. Infatti, a fronte dell'orientamento negativo sostenuto da Papiniano, che esclude che il denaro ricevuto per l'adempimento dell'obbligazione fedecommissaria possa ritenersi posseduto a titolo di erede, Sabino risponde in maniera inversa, argomentando che il denaro oggetto di dazione sarebbe comunque denaro afferente al patrimonio ereditario. Alla stessa soluzione dovrebbe pervenirsi nella seconda ipotesi, essendo comunque i frutti percepiti dal fedecommissario provenienti da una *res* contenuta nella massa dei beni ereditari. In entrambi i casi dunque il soggetto non solo trattiene il denaro o i frutti che, in quanto tali, farebbero parte dell'eredità, ma lo fa per volontà del testatore e, dunque, rispetto ad essi egli si pone *pro herede*, cioè in una posizione del tutto analoga, anche agli occhi dei terzi, a quella di un erede a ciò legittimato dal *de cuius*. Potremmo dire, volendo forzare il paragone con l'istituto moderno, che egli rispetto a tali beni 'appare erede'.

Il titolo di *possessor pro herede* non dovrebbe, invece, considerarsi spendibile nei confronti di abbia coscientemente acquistato un'eredità spettante

ad un altro soggetto. In questo caso, avendo egli agito nella piena consapevolezza che il patrimonio ereditario era destinato ad altri ed avendo, pertanto, scientemente violato l'altrui diritto successorio, sarà in mala fede: ha, infatti, agito nella piena consapevolezza di non avere alcuna legittimazione ad effettuare tale acquisto. Per questo motivo, viene qualificato come 'mero possessore'.

La nostra fonte, in questo caso, sembra smentire la conclusione precedentemente esposta, in quanto pare derivare la qualifica di *possessor pro possessore* come diretta conseguenza della mala fede del soggetto. Al contrario, prima avevamo affermato come la mala fede non fosse elemento connotante in via esclusiva il *possessor pro possessore*, essendo parimenti rinvenibile anche nel *possessor pro herede*. La distinzione fra i due *possessores*, infatti, deriva – come già rilevato – non dalla buona o mala fede, ma dalla spendita o meno del titolo di erede per giustificare il possesso. E, in effetti, lo stesso Ulpiano, subito dopo aver esposto la ricostruzione anzidetta, la smentisce, distaccandosene. Tuttavia, il motivo di tale rifiuto è legato ad un diverso profilo, ossia il pagamento del prezzo. Infatti, Ulpiano sostiene che il fatto che l'acquisto sia avvenuto a titolo oneroso, mediante un esborso economico da parte del soggetto acquirente, sia tale da escludere la mala fede e, dunque, impedisca di qualificare il soggetto acquirente come *praedo*, ossia come *possessor pro possessore*. Di conseguenza, Ulpiano non disconosce affatto il collegamento (o meglio la diretta derivazione) della qualifica di *praedo* dalla mala fede, ma anzi indirettamente la conferma.

A ben vedere, la conclusione di Ulpiano è logica e conforme anche alla nostra precedente ricostruzione, in base alla quale, se è vero che la mala fede non è requisito esclusivo del *possessor pro possessore*, potendo essere propria anche del *possessor pro herede*, è altrettanto vero però che il *possessor pro possessore*, avendo un bene senza alcuna legittima giustificazione, è sicuramente un soggetto in mala fede. Ma allora, se il *possessor pro possessore* è necessariamente un soggetto in mala fede, escludere la mala fede implica necessariamente escludere la qualifica di *possessor pro possessore*, esattamente come sostenuto dal nostro giurista. Da ciò conseguirebbe, dunque, secondo Ulpiano, l'assenza di legittimazione passiva all'azione di petizione dell'eredità, la quale potrebbe semmai essere concessa in via pretoria, come

actio utilis: tale soluzione sarebbe possibile poiché il soggetto agirebbe come acquirente dell'*universitas*, ossia come successore a titolo universale – per quanto *inter vivos*, a seguito della compravendita, e non *mortis causa* – dell'intero patrimonio ereditario.

D. 5.3.13.8 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram: nemo enim praedo est qui pretium numeravit: sed ut emptor universitatis utili tenetur.

A tale situazione, peraltro, nel passo immediatamente successivo Ulpiano equipara quella del soggetto che abbia acquistato dal fisco l'eredità «come se fosse» (*quasi*) un'eredità vacante, pagando dunque allo Stato un prezzo come corrispettivo di quei beni che, non ereditati da alcuno per assenza di successibili o mancata accettazione da parte dei medesimi, erano stati devoluti alle casse pubbliche. Anche qui, in effetti, è assente un trasferimento successorio *mortis causa* in senso proprio, in quanto l'acquisto intercorre tra il soggetto acquirente e il *fiscus*. Rispetto a tale trasferimento, infatti, l'evento morte rappresenta soltanto un antecedente, ossia il motivo che ha a sua volta determinato l'acquisto da parte del fisco. E anche in questo caso, pur in assenza della mala fede del soggetto e, dunque, stante l'impossibilità di definirlo alla stregua di un *praedo* (ossia di un *possessor pro possessore*), l'autore ritiene che sia possibile (anzi, ancor più, ritiene che sia addirittura «*aequissimum*») estendere in via utile l'azione di petizione dell'eredità («*utilem actionem [...]* *dari*»).

D. 5.3.13.9 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Item si quis a fisco hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit utilem actionem adversus eum dari.

La medesima possibilità di concedere in via utile la *petitio hereditatis* è, poi, prevista nell'ipotesi in cui il soggetto sia possessore dei beni ereditari in virtù di un trasferimento *dotis causa*. In questo caso – che Ulpiano a sua volta riprende dai *Digesta* di Marcello – il marito, in favore del quale la moglie abbia costituito in dote la propria eredità, non potrà dirsi *possessor pro herede*, in

quanto il titolo giustificativo a fondamento della propria signoria sui beni non può rinvenirsi nella sua qualità di *heres*, dal momento che la legittima erede è la moglie costituente la dote. Ma egli non potrà dirsi neppure *possessor pro possessore*, in quanto in effetti un titolo giustificativo del possesso esiste ed è rappresentato dalla dote stessa (potremmo parlare di una «*possessio dotis causa*»): il marito sarà, pertanto, qualificato come *possessor pro dote*.

Dal punto di vista processuale e, in particolare, della *legitimatio ad causam*³³, in tale ipotesi dunque entrambi i coniugi, sia il *maritus* che la *mulier*, saranno legittimati passivi rispetto ad un'eventuale petizione dell'eredità: la moglie sarà legittimata in via primaria («*mulierem directa teneri*»), tanto più («*maxime*») se al matrimonio sia seguito un divorzio, che, oltre a determinare lo scioglimento del vincolo coniugale, abbia attivato il meccanismo di restituzione dotale; il marito, invece, potrà essere legittimato passivo rispetto all'*actio utilis* che, secondo Ulpiano, potrebbe essere concessa in via pretoria («*maritum [...] petitione hereditatis utili teneri*»).

D. 5.3.13.10 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Apud Marcellum libro quarto digestorum relatum est, si mulier hereditatem in dotem dedit, maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis utili teneri: sed et ipsam mulierem directa teneri Marcellus scribit, maxime si iam factum divortium est.

Di nuovo, la qualifica di *possessor pro possessore* e *pro herede* torna nel brano 11, ma relativamente ad un'ipotesi diametralmente opposta rispetto a quella appena analizzata. Questa volta, infatti, non sono riferite agli aventi causa, bensì al dante causa, al *de cuius*, ossia al soggetto della cui eredità si discute. In tale ipotesi, sia esso un possessore mero o un possessore qualificato come erede, nulla cambia a livello di conseguenze processuali. In entrambi i casi, infatti, il suo erede potrà essere chiamato in giudizio mediante *petitio*

³³ L'espressione «*legitimatio ad causam*» indica generalmente la legittimazione ad agire, cioè la titolarità dell'azione civile sia dal punto di vista attivo (ossia in qualità attore) sia dal lato passivo (come convenuto). Nel brano analizzato viene in rilievo, nello specifico, l'accezione passiva, in quanto si discute circa la possibilità per il *maritus* e per la *mulier* di essere destinatari di un'azione di petizione dell'eredità (*petitio hereditatis*), ossia di essere convenuti in giudizio in quanto possessori dei beni ereditari da parte di colui che invochi tutela della propria posizione di legittimo erede.

hereditatis. Ugualmente, tale possibilità si avrà nel caso in cui il possesso da parte del defunto sia giustificato sulla base di una precedente compravendita, ossia nell'ipotesi in cui il *de cuius* fosse un *possessor pro emptore*.

Questi ultimi due passi avvalorano, insomma, l'equiparazione asserita da Ulpiano tra erede e possessore e gli altri titoli. La locuzione «*pro*», infatti, viene utilizzata affiancata ad altre cause, analogamente a come viene accompagnata ai sostantivi «*herede*» e «*possessore*». Ciò conferma, dunque, che quella di *possessor pro herede* è qualifica costruita attorno alla nozione di possesso, più che a quella di erede. Tale espressione serve, infatti, per i giuristi romani a qualificare una tipologia peculiare di possessore, ossia quel possessore che esercita la propria signoria di fatto come se fosse erede, adducendo la qualifica di *heres*, cioè simulando, in buona o in mala fede, tale posizione. Ma quella stessa particella «*pro*» potrebbe essere utilizzata per definire altre tipologie di possessori, che tale potere esercitino in virtù di titoli diversi, come la costituzione di dote (*possessor pro dotis*), o la compravendita (*possessor pro emptore*), o ancora senza alcun titolo (*possessor pro possessore*), configurando così quello che può tradursi come un mero possesso o, detto altrimenti, un «possesso non titolato».

D. 5.3.13.11 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat: quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur.

Sempre secondo Ulpiano, la qualifica di *possessor pro herede* o di *possessor pro possessore* deve escludersi, invece, nei confronti di colui che possieda i beni ereditari in nome del legittimo titolare che sia assente («*absentis nomine possideat hereditatem*»). Ulpiano afferma ciò senza esitazione: «*non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet*».

In tale ipotesi, infatti, il soggetto possiede in nome e per conto di altri, perciò agisce nell'interesse e spendendo il nome di chi sarebbe titolato a farlo: agisce quindi come *longa manus* dell'erede, nella piena consapevolezza di ciò.

Pertanto, non vanterà certo il titolo di erede rispetto a tali beni e, dunque, non sarà *possessor pro herede*. Ma neppure potrà dirsi che egli non abbia alcun titolo e che sia un mero possessore (*possessor pro possessore*), poiché la sua signoria è giustificata dall'incarico attribuitogli dall'assente in via preventiva o dalla sua successiva ratifica. Ecco perché Ulpiano conclude che, dal punto di vista processuale, l'eventuale azione di petizione deve essere esercitata nei confronti del procuratore in nome dell'assente («*absentis nomine petendam hereditatem*») e non certo in nome proprio. L'unico caso in cui potrebbe agirsi nei confronti del procuratore «*proprio nomine*» è l'ipotesi in cui la ratifica dell'assente non sia intervenuta. In tal caso, infatti, saremmo di fronte ad un comportamento del procuratore che esorbita dai poteri conferitigli e, pertanto, posto in essere in mala fede, nella consapevolezza dell'assenza di un valido potere di rappresentanza. In questo caso, allora, il *procurator* avrebbe agito come un *praedo* e, pertanto, venendo meno il titolo a fondamento del proprio possesso, degraderebbe a mero possessore (*possessor pro possessore*).

D. 5.3.13.12 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam, quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet: nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse: tunc enim suo nomine teneri potest.

5. Altre ipotesi di apparenti «*possessores*» nell'ambito della *petitio hereditatis*.

Con il frammento 12 si chiude la sequenza di passi nei quali viene analizzata l'azione di petizione dell'eredità con riferimento alle posizioni del *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*. I successivi frammenti del paragrafo 13 del terzo titolo del quinto libro concernono, infatti, fattispecie diverse, che, pur sempre afferenti alla *petitio hereditatis*, contemplano ipotesi che non toccano direttamente i temi che in questa sede rilevano. Nonostante

ciò, la loro lettura può essere di interesse per la tematica generale di questo lavoro, in quanto da alcuni di essi emerge comunque la tensione, che rappresenta il nostro principale oggetto di ricerca, fra 'apparenza' e 'realtà' delle situazioni giuridiche.

Così, nel successivo frammento (il tredicesimo) si afferma la possibilità di esercitare la *petitio hereditatis* anche nei confronti di colui che non possieda alcun bene ereditario. Più precisamente, il passo contempla l'ipotesi in cui un soggetto si sia offerto come convenuto in un processo di petizione, pur consapevole di non essere a ciò titolato, non essendo possessore. Tale iniziativa, non sorretta da alcun titolo, farebbe immediatamente sorgere – come già rilevato da Celso – una sua responsabilità a titolo di dolo; di talché lo stesso, pur non essendo il soggetto giuridicamente tenuto a rispondere mediante l'azione in questione, potrebbe essere chiamato a risponderne proprio in virtù della propria condotta. Il comportamento del «non possessore» che si offra come convenuto rispetto ad un'azione a lui estranea, trasforma il soggetto in ciò che prima formalmente non era: parte processuale. Ma ciò – come precisa il giurista – in virtù del dolo di questi, che ha consapevolmente assunto la veste di convenuto rispetto ad un'azione che non lo vedeva teoricamente coinvolto, non essendo possessore dei beni oggetto di petizione. Il suo contegno doloso fa sì che egli, avendo scelto di 'indossare' tale veste, non potrà poi spogliarsene, con la conclusione che egli sarà tenuto all'azione di petizione come se fosse realmente possessore dei beni oggetto di contesa («*quasi possidentem teneri*»).

Quindi, la responsabilità per dolo del non possessore fa acquisire al soggetto quella veste di parte processuale che prima non aveva, trasformandolo di fatto in ciò che fino a quel momento non era. L'ordinamento in questo modo intende direttamente colpirne e sanzionarne il comportamento doloso: ma tale sanzione, indirettamente, si traduce in un riallineamento – quantomeno processuale – tra l'apparenza, creata dalla falsa prospettiva quale possessore di chi non lo sia, e la realtà. Con la conclusione – che vede concordi Marcello e Giuliano – che, in quel processo, non interessa più se il soggetto sia o meno possessore dei beni, perché, essendosi dolosamente proclamato tale, così sarà considerato e, perciò, in tale veste sarà tenuto a rispondere.

D. 5.3.13.13 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

Il passo immediatamente successivo giunge alla medesima soluzione – come preannuncia l'incipit «*item*» – per il caso in cui qualcuno abbia dolosamente determinato la cessazione del proprio possesso³⁴: anche in una simile eventualità l'effetto della sua condotta dolosa sarà l'attribuzione della qualifica di legittimato passivo all'azione di petizione dell'eredità, per la quale sarà chiamato a rispondere anche in assenza di possesso. In quest'ultima ipotesi, però, la reazione dell'ordinamento opera in maniera inversa rispetto a quella immediatamente precedente, in cui si mirava a riallineare situazione apparente e situazione reale. Qui la risposta giuridica è piuttosto concepita in chiave «anti-abusiva», cioè mira a reprimere una condotta dolosa – o forse potremmo dire «fraudolenta» – del soggetto che, spogliandosi del possesso, intende sottrarsi al processo, in quanto formalmente non dispone della qualifica giuridica a ciò richiesta. In effetti, qui il soggetto, privandosi dei beni, ha esercitato un proprio diritto, dal momento che astrattamente nulla vieta di cedere o anche abbandonare una *res* di cui si abbia la disponibilità. La criticità nasce dal fatto che in questo caso il soggetto ha agito con il preciso scopo di fuggire dalla propria responsabilità processuale, per sottrarsi alla qualifica di convenuto nell'azione di petizione dell'eredità, che gli avrebbe imposto di rispondere per quei beni. Egli ha, dunque, esercitato sì un proprio diritto, ma in virtù di uno scopo che esorbita evidentemente da quelli propri dell'istituto.

³⁴ Che le due soluzioni siano sovrapponibili e allineabili lo conferma anche il passo di Ulpiano tratto dai *Fragmenta Vindobonensia*: Ulp. Fr. Vind. 4: «...*quae<dam etiam interdicta sunt tam> adipiscendae quam recipiendae possessionis, qualis sunt interdicta quem fundum et quam hereditatem. Nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, siue numquam possedi siue ante possedi, deinde amisi possessionem.*» Sul punto si vedano le osservazioni di A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 692 ss. (già in A. BURDESE, *Gli istituti del diritto privato romano* cit., pp. 657 ss.).

Ecco perché l'ordinamento, disvelato l'inganno, prontamente irroga la sanzione, chiamando a rispondere l'ex possessore come se non avesse mai perduto il possesso. Dunque, il meccanismo sanzionatorio concepito in risposta al dolo è una sorta di inefficacia relativa dello spoglio dolosamente compiuto, che consiste nel far finta che lo stesso non sia mai avvenuto, ossia che il soggetto non si sia mai privato del possesso di quei beni, così da evitare un pregiudizio ai terzi che decidano di agire in giudizio contro costui.

La circostanza che la *ratio* di tale meccanismo sia proprio la volontà di reprimere un abuso, e così di evitare un pregiudizio ai terzi, è confermata dal proseguo del passo, dove si afferma che, laddove, a fronte della perdita del possesso, questo sia stato acquistato da un altro soggetto, il quale sia pronto ad assumersi il processo e a subirne dunque le conseguenze, allora viene meno la *litis aestimatio* («*desiit litis aestimatio*») nei confronti del soggetto che non è più, per quanto dolosamente, possessore. Quindi in questo caso, secondo l'opinione dei giuristi, colui che ha cercato artificiosamente di sottrarsi al processo otterrebbe il risultato avuto di mira, poiché in tale ipotesi nessun pregiudizio potrebbe conseguirne, avendo il terzo, nuovo possessore, assunto la veste di parte processuale nel giudizio di petizione dell'eredità e, allo stesso tempo, la responsabilità per il valore dei beni posseduti. Ciò naturalmente, purché non sussista un preciso interesse dell'attore ad agire contro l'ex possessore: in questo caso l'interesse del richiedente prevale sulla situazione di fatto che lo vedrebbe comunque soddisfatto attraverso la possibilità di agire contro il nuovo possessore e potrà, dunque, chiamare il precedente possessore che abbia dolosamente cercato di sottrarsi alla propria responsabilità.

D. 5.3.13.14 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, Marcellus libro quarto digestorum tractat, ne forte evanescat adversus eum qui desiit litis aestimatio: et magis evanescere ait, nisi petentis interest: certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit evanescere. Sed si is qui dolo desiit ante conveniatur, eum qui possidet non liberabit.

Il possesso di beni ereditari viene, poi, messo a confronto anche con una fattispecie apparentemente da esso divergente, ossia la situazione del soggetto che, durante la vita del *de cuius*, abbia con esso contratto uno o più debiti e che, dunque, in conseguenza della morte del medesimo, si trovi ad essere debitore rispetto alla massa ereditaria. Anche tale situazione viene da Ulpiano raffrontata al possesso per poter rendere il debitore ereditario destinatario dell'azione di petizione dell'eredità. Così, il «*debitor hereditarius*» viene paragonato al possessore di un diritto, viene cioè considerato alla stregua di un possessore, attraverso un paragone che è funzionale all'estensione di una certa disciplina ad una fattispecie astrattamente non rientrante in essa. Il giurista si basa, dunque, su un ragionamento analogico per ampliare il campo applicativo della *petitio hereditatis*, che diviene così esperibile anche nei riguardi di un soggetto che formalmente dovrebbe risultarne escluso.

Di nuovo la chiave per l'applicazione dell'istituto a fattispecie teoricamente ad esso estranee risiede nell'avverbio «*quasi*»: affermare che il debitore ereditario è «*quasi possessor*», ossia che è come se fosse un possessore di un diritto, che appare simile ad esso, è l'aggancio che consente al giurista di giustificare l'applicazione dell'istituto ad una fattispecie della quale evidentemente si discuteva. Ancora una volta l'attenzione è concentrata su come una situazione appare, a prescindere dalla sua sostanza, ed è proprio quell'apparenza a consentire la produzione di un certo risultato giuridico: così il debitore ereditario, che nella sostanza non è possessore, ma ne ha in certo modo l'apparenza, perché si presenta ad esso assimilabile nei suoi connotati, potrà essere a sua volta destinatario della petizione ereditaria.

D. 5.3.13.15 (Ulp. 15 *ad ed.*)

Item a debitore hereditario quasi a iuris possessore: nam et a iuris possessoribus posse hereditatem peti constat.

Infine, per concludere la ricognizione dei passi, contenuti nel titolo terzo del libro quinto del Digesto, che, nell'occuparsi dell'istituto della *petitio hereditatis*³⁵, toccano più o meno direttamente le tematiche che qui interessano,

³⁵ Tutti i passi da ultimo esaminati si collocano, infatti, nel terzo titolo del quinto libro del Digesto, in intitolato appunto «*De hereditatis petitione*».

un breve cenno è d'obbligo al paragrafo 25. Tale brano, in particolare, è all'origine dell'opinione dottrinale che rileva come il senatoconsulto Giovenzano³⁶, pur contemplando espressamente solo i rapporti tra *possessor pro herede* e vero erede, tuttavia avrebbe avuto indirettamente delle ricadute anche per ciò che concerne i rapporti tra l'erede rivendicante e i terzi acquirenti dall'erede apparente. Nello specifico, volendo il senatoconsulto proteggere il *possessor pro herede* che, ritenendo di essere effettivamente erede, avesse alienato, o anche consumato, parte dei beni ereditari, esclude l'ammissibilità della rivendicazione da parte dell'erede verso il terzo acquirente, tutte le volte in cui sussista per quest'ultimo la possibilità di agire in regresso contro il possessore di buona fede per l'evizione sofferta. Infatti, se si consentisse la rivendicazione anche in siffatta ipotesi, il possessore di buona fede sarebbe esposto proprio a quel rischio dal quale il senatoconsulto intendeva tenerlo al sicuro³⁷.

D. 5.3.25.17 (Ulp. 15 *ad ed.*)

*Item*³⁸ *si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint,*

³⁶ Sul senatoconsulto Giovenzano si vedano i recenti contributi di Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, in Bari: Cacucci Editore, 2008; e, già prima, Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto 'Giovenzano'*, in *SDHI*, 57 (2006), pp. 197-227, in cui si illustra il contenuto generale dei singoli capitoli del provvedimento senatorio e di uno scolio ai Basilici. La necessità di esaminare congiuntamente la testimonianza bizantina è dettata dal fatto che in essa è riportato un resoconto molto più esteso, rispetto alla succinta esposizione di D. 5.3.20.6a (Ulp. 15 *ad ed.*), dell'intera vicenda sottoposta alla decisione senatoria.

³⁷ Come rilevato da G. BRUNETTI, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente*, p. 118 nt. 2, detta interpretazione dottrinale ha dato tuttavia adito a dispute dottrinali, che hanno visto contrapporsi all'interpretazione tradizionale, sostenuta e difesa da A. TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti*, cit., la nuova interpretazione proposta da Filippo Serafini, per la quale si rinvia a F. SERAFINI, *Nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano legge XXV § XVII Dig. Lib. V Tit. III De hereditatis petitione*, in *AG*, 20 (1878), pp. 403-426.

³⁸ Anche in questo caso il brano, come spesso avviene, esordisce con «parimenti» («*item*»), creando così una concatenazione logico-consequenziale rispetto al brano immediatamente precedente, al quale effettua un implicito rimando quanto alle conclusioni in punto di effetti giuridici. Il paragone così creato tra le fattispecie oggetto dei due passi, rende, dunque, imprescindibile una lettura di quello che precede – ossia D. 5.3.25.16 (Ulp. 15 *ad ed.*) – il quale affronta la questione relativa all'eventualità che il possessore dei beni ereditari abbia consumato parte di essi, interrogandosi se quanto egli abbia speso debba essere imputato interamente all'eredità oppure in parte al suo patrimonio personale: «*Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat an vero pro rata patrimonii eius? Ut puta penum hereditarium ebit: utrum totum hereditarii expensum feratur an aliquid et patrimonio eius? Ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem: ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior, in statutis vero suis sumptibus videatur factus locupletior: utique enim etsi non tam laute*

vindicare petitor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur “quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit”³⁹, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.

Il passo immediatamente successivo, infine, prende in esame l'ipotesi in cui il *possessor* che abbia alienato parte del patrimonio ereditario sia disposto a resistere nel giudizio di petizione dell'eredità come se fosse attualmente possessore, ovvero come se avesse ancora il possesso dei beni in tutto o in parte alienati a terzi. In questo brano torna nuovamente la contrapposizione fra possessore in buona o in mala fede (*praedo*), distinzione che però in questa specifica ipotesi non comporta alcuna differenza di disciplina. Infatti, secondo l'opinione di Giuliano – riportataci ancora una volta da Ulpiano – in entrambi i casi, se il possessore (di buona o di mala fede) abbia pagato all'attore che esercita la *petitio hereditatis* ciò che ha esatto dai debitori, questi ultimi saranno automaticamente (*ipso iure*) liberati.

D. 5.3.25.17a (Ulp. 15 *ad ed.*)

Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. Certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoverti. Nam et si id quod a debitoribus exegit possessor

erogasset, aliquid tamen ad victum cottidianum erogasset. Nam et divus Marcus in causa Pythodori, qui rogatus erat quod sibi superfuisset ex hereditate reddere, decrevit ea, quae alienata erant non minuendi fideicommissi nec pretium in corpus patrimonii Pythodori redisse, et ex proprio Pythodori patrimonio et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate. Et nunc igitur statuti sumptus utrum ex hereditate decedent exemplo rescripti divi Marci an ex solo patrimonio, videndum erit: et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea quae et si non heres fuisset erogasset.»

³⁹ L'espressione «*venum dedit*» viene da «*venum dare*» («*dedit*» è il perfetto del verbo «*dare*»), ed è espressione arcaica per indicare la vendita. L'espressione ricorre in diverse fonti, fra cui la celeberrima norma delle *Dodici Tavole* che sanziona con la perdita della *patria potestas* il *pater familias* in caso di triplice vendita del proprio *filius* (Tab. 4.1: «*Si pater ter filium venum duit, filius a patre liber esto*»). Detta norma, com'è noto, sarà utilizzata dalla Pontefici ai fini della creazione dell'istituto dell'*emancipatio*, frutto appunto della *interpretatio pontificum*.

petitori hereditatis solvit, liberari debitores Iulianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei possessor sive praedo fuit qui debitum ab his exegerat, et ipso iure eos liberari.

6. Possessio pro herede e altri istituti «fattuali» in ambito ereditario: l'*usucapio hereditatis*.

6.1. L'*usucapio hereditatis*: requisiti, condizioni ed effetti.

L'indagine in merito alla sussistenza e ai contorni di un precedente romanistico dell'odierno erede apparente deve, infine, tenere conto di un'ulteriore peculiare figura, presente nel diritto romano fin dai primi secoli e ampiamente dibattuta in dottrina, in virtù della sua forte problematicità, frutto anche delle trasformazioni subite nel corso dei secoli⁴⁰. Il riferimento è, in particolare, alla *usucapio pro herede*⁴¹, una forma «anomala»⁴² di usucapione

⁴⁰ Come rilevato da M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 692: «L'*usucapio pro herede* presenta problemi fra i più controversi, anche per le profonde trasformazioni subite da questa figura».

⁴¹ L'istituto dell'*usucapio pro herede* non è oggetto di pari approfondimento nei manuali istituzionali. Per le trattazioni più puntuali si vedano, in particolare, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 556 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 233 ss., 237 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 316 ss. (già in A. BURDESE, *Gli istituti del diritto privato romano* cit., pp. 214 ss.); A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 459 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 340 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 424 ss., 692 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 351 ss., 730 ss.; si vedano, inoltre, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 89, 111; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., pp. 362 ss. Un cenno, seppur implicito, si ritrova anche in G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 299, il quale nel trattare l'istituto dell'usucapione individua il suo precedente storico nell'antico meccanismo acquisitivo dell'*usus*. Egli sottolinea, infatti che, mentre l'*usucapio* fu «costruita dai giuristi come un modo d'acquisto della proprietà (e solo di questa), basato sul perdurare per un determinato periodo di tempo della *possessio* su una *res*», l'*usus*, al contrario, aveva un ambito di applicazione più ampio, tale da ricomprendere il concreto esercizio di ogni situazione di potere, come la *manus maritalis* nei confronti della moglie o, appunto, il potere dell'erede sulla *hereditas*. Tutte queste situazioni di potere – diverse nella forma, ma analoghe nella sostanza – laddove fossero perdurate per un anno o per un biennio, secondo la nota regolamentazione delle XII tavole, sarebbero state acquisite definitivamente in capo a chi di fatto già da tempo le esercitava. L'allusione dell'autore all'istituto dell'*usucapio pro herede* è implicita. Per approfondimenti specifici sull'istituto dell'*usucapio pro herede* e per ulteriori riferimenti bibliografici, si vedano, fra gli altri: J. M. FONCILLAS, *La "usucapio pro herede"*, in *RCDH*, 82-86 (1931-1932); H. KRÜGER, *Die "usucapio pro herede" nach klassischem Recht*, in *ZRG*, 54 (1934), pp. 80-97; P. COLLINET, *Les variations de l'usucapion "pro herede" avant Hadrien*, in *Studi in onore di Salvatore*

che – assieme all'altro peculiarissimo istituto dell'*usureceptio*⁴³ – si conserva in diritto classico come residuo di un antico regime di età arcaica, che non richiedeva i requisiti della *bona fides* e della *iusta causa*⁴⁴.

Riccobono, 4, Palermo: Castiglia, 1936, pp. 131-145; G. GANDOLFI, *Sull'origine della "usucapio pro herede"*, in *BIDR* 61 (1958), pp. 271-293; G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede: contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli: Jovene, 1965; con recensioni di F. GALLO, *Rec.: Usucapio pro herede (G. Franciosi)*, in *SDHI*, 32 (1966), pp. 416-426 e di T. MAYER-MALY, *Rec.: Usucapio pro herede (G. Franciosi)*, in *Labeo*, 14 (1968), pp. 214-224; C.ST. TOMULESCU, *Gaius 2, 55 e l'"usucapio pro herede"*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 4, Torino: Giappichelli, 1971, pp. 417-455; G. MAC CORMAK, *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*, in *RIDA*, 25 (1978), pp. 293-305; E. GOMEZ-ROYO, *"Bona fides und usucapio pro herede"*, in *RIDA*, 39 (1992), pp. 167-184; A. CASTRO SÁENZ, *Aproximacion a la "usucapio pro herede"*, in *RIDA*, 45 (1998), pp. 143-208; G. COPPOLA BISAZZA, *"Usucapio pro herede" – "aditio hereditatis": un rapporto da chiarire*, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011). Per osservazioni e approfondimenti sull'etimologia del termine «usucapio» nel suo significato generale, si veda *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *usucāpio, ōnis* (f. 3), p. 881: («usus et capio»); nonché *ibidem* la relativa voce verbale *usucāpio, cāpis, cēpi, captum, cāpere* (a. 3) entrambi in: «*usurpatur etiam divisim, sive citra compositionem*»; sempre in tema di usucapione, si vedano, inoltre, F. FABBRINI, s.v. *Usucapione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 20, Torino: UTET, 1975, pp. 280-291; G. BORTOLUCCI, s.v. *Usucapio*, in *N. Dig. it.*, 12/2, Torino: UTET, 1940, pp. 772-775; A. BUTERA, s.v. *Usucapione*, in *Dig. It.*, 24, Torino: UTET, 1921, pp. 115-120; L. VACCA, s.v. *Usucapione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Milano: Giuffrè, pp. 989-1022; M. COMPORTI, s.v. *Usucapione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 32, Roma, 1994 e, a seguire, V. CANALE, s.v. *Usucapione (diritto civile) – postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, 32, Roma, 1994.

⁴² La qualificazione dell'*usucapio pro herede* e dell'*usureceptio* come «due ipotesi anomale di usucapione» è di A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 316.

⁴³ Nel diritto romano arcaico e classico l'istituto della *usureceptio* era una sorta di usucapione, che si compiva in presenza di particolari circostanze, sebbene il possessore fosse consapevole che il bene apparteneva ad altri. In questi casi l'effetto acquisitivo si produceva a prescindere dal requisito della buona fede: tale circostanza viene messa a confronto con l'analogo regime dell'*usucapio pro herede*, il che porterebbe a concludere che si tratti di un aspetto connotante in generale l'antico regime dell'usucapione. I due principali casi di applicazione dell'*usureceptio* sono tramandati dalle *Istituzioni* gaiane (Gai. 2.59-61). Secondo Gaio, in particolare, l'*usureceptio* poteva avvenire *fiduciae* o *praediatursae causa*: il primo caso (*fiduciae causa*) riguardava l'ipotesi in cui la cosa fosse stata trasmessa ad altri in fiducia, cioè con l'intesa che in determinate circostanze l'acquirente dovesse restituirla all'alienante. In questo caso, l'*usureceptio* avvantaggiava il debitore fiduciante che possedeva la *res* che oramai era di proprietà del fiduciario, salvo che, in caso di fiducia *cum creditore*, prima dell'adempimento non l'abbia ricevuta da questi a titolo di locazione o di precario. La seconda ipotesi di *usureceptio* (*praediatursae causa*) riguardava il procedimento esecutivo contro l'appaltatore di opere e imposte pubbliche e i suoi garanti (*praedes*). Avveniva, cioè, a beneficio di chi possedeva un fondo attribuito allo Stato a titolo di garanzia reale e che, in seguito all'inadempimento del credito garantito, era stato alienato. Sul tema si veda Gai. 2.59-61: 59. *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, si mobilis sit, biennio, soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.* 60. *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit.* 61. *Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usus receptio: sed et hoc casu*

Nella sua configurazione più antica l'*usucapio pro herede* consentiva ad un soggetto – diverso dal chiamato all'eredità – di acquistare attraverso il possesso delle cose ereditarie non semplicemente la proprietà di tali *res*, bensì la titolarità dell'*hereditas* e la qualifica di *heres*. La produzione di un simile effetto esigeva, però, l'esistenza di alcuni presupposti fondamentali, in assenza dei quali l'istituto non avrebbe trovato spazio.

Anzitutto, presupposto di base per l'operatività del meccanismo in questione riguardava le cose possedute, che dovevano necessariamente essere *res* effettivamente appartenenti a una *hereditas*. Non era possibile, infatti, *usucapire pro herede* beni di proprietà di soggetti ancora in vita neppure nell'ipotesi in cui il possessore ritenesse per errore che si trattasse di cose appartenenti ad un defunto.

D. 41.5.1 (Pomp. 32 *ad Sab.*)

*Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi
possessor mortui rem fuisse existimaverit.*

*praedium biennio usurecipitur: et hoc est, quod volgo dicitur ex praediatura possessionem
usurecipi: nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.*

⁴⁴ Per approfondimento sulla definizione e sui caratteri dell'istituto dell'*usureceptio* si vedano: A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 316; A. BURDESE, *Gli istituti del diritto privato romano*, pp. 214. Si vedano, anche, le voci G. FRANCIOSI, s.v. *Usureceptio*, in *Noviss. Dig. It.*, 20, Torino: UTET, 1975, pp. 388-390; G. BORTOLUCCI, s.v. *Usureceptio*, in *N. Dig. it.*, 12/2, Torino: UTET, 1940, pp. 806-807; nonché V. ARANGIO-RUIZ, s.v. *Usureceptio*, in *Enc. giur. Treccani – Appendice*, Roma, 1938, in cui ulteriore bibliografia. Si veda, inoltre, da ultimo, R. W. TURNER, *The equity of redemption*, in *Harvard Law Review*, 45/7 (May 1932), pp. 1279-1281: «Closely related to the rule in regard to *furtum* is *usureceptio ex fiducia*, a form of acquisition analogous to *usucapio* which shows us that, although the debtor had parted with all rights in *rem*, he could reacquire them by a mode other than reconveyance by the creditor, namely, possession of the *res* for a certain time. Fully stated the rule was that “a *res* conveyed subject to *fiducia* could be reacquired by getting possession without good faith and holding for a year”». Per l'etimologia di «*usureceptio*» si veda, inoltre, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *usureceptio*, *ōnis* (f. 3), p. 882: «*actus recipiendi ea, quae prius possidebantur, restitutio domini*», a cui segue la citazione del passo delle *Institutiones* di Gaio sovra riportato (Gai. 2.59); nonché *ibidem* la relativa voce verbale *usurecīpio*, *cīpis*, *cēpi*, *cīpēre* (a. 3): «*(usus et recipio) recipio ex usu id, quod antea possederam*», a cui segue la citazione del passo delle *Institutiones* di Gaio sovra riportato (Gai. 2.61) e il rinvio alla voce «*praediatura*». Infine, per la trattazione manualistica dell'istituto dell'*usureceptio* si vedano: P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 361; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 316; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 751 e 860; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 469 ss., G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 544; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 294; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., p. 363; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., 1990, p. 424, 478, 554; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 351 ss.

Al contrario, occorre che l'usucapiente fosse consapevole di aver acquistato il possesso di cose ereditarie. Perciò, non era sufficiente l'oggettiva 'ereditarietà' delle *res* possedute, ma occorreva anche che loro natura ereditaria coinvolgesse il piano soggettivo, essendo richiesta la piena coscienza in tal senso da parte del possessore *pro herede*. Tale necessaria consapevolezza non investiva, però, anche la supposta qualifica di *heres*: non era, cioè, richiesta ai fini dell'usucapione la convinzione in capo al soggetto possessore di essere il legittimo chiamato all'eredità. L'integrazione della fattispecie non è, infatti, impedita dalla consapevolezza di non essere stato individuato come *heres*: il che è quanto dire che l'*usucapio pro herede* non richiede per la sua operatività la buona fede del *possessor*, il quale può usucapire la totalità dell'*hereditas* anche trovandosi in uno stato di mala fede.

Ulteriori requisiti necessari per l'*usucapio pro herede* riguardano, poi, le persone degli eredi. Affinché l'eredità possa essere usucapita *pro herede* doveva trattarsi di un'eredità deferita ad un *extraneus*, in quanto in presenza di *heredes sui et necessarii*⁴⁵ – ai quali poi si affiancano gli *heredes necessarii*

⁴⁵ Il diritto ereditario romano distingue gli eredi in *heredes necessarii* ed *heredes voluntarii* o *extranei*. Questi ultimi (Gai. 2.161-162), per acquistare il titolo di eredi e subentrare nei rapporti patrimoniali del *de cuius* devono manifestare la propria volontà di accettare l'eredità, attraverso una dichiarazione solenne (*cretio*) o anche un comportamento concludente (*pro herede gestio*). I primi, al contrario, acquistano l'eredità automaticamente al momento della delazione. Essi diventano cioè eredi *ipso iure*, senza bisogno di un atto espresso o tacito di accettazione, ma senza neppure la possibilità di poterla rifiutare. Gli *heredes necessarii* a loro volta si distinguevano in due sotto-categorie: da una parte gli *heredes sui et necessarii* (Gai. 2.156-157), i soggetti che erano sottoposti alla *patria potestas* dell'ereditando, fra cui i figli (cui era equiparata la moglie in *manus*, che com'è noto era per il marito *loco filiae* e per i propri figli *loco sororis*; cfr. Gai. 2.159), i nipoti e i successivi discendenti divenuti *sui iuris* alla sua morte («*veluti filius filiae, nepos nepotisve ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt*»); dall'altra quelli *necessarii tantum* (Gai. 2.153), ossia gli schiavi manomessi e contestualmente istituiti eredi dal testatore. La distinzione tra le due categorie di *heredes necessarii* si coglie soprattutto con riferimento alle diverse facoltà concesse agli stessi in caso di c.d. «*hereditas damnosa*» o passiva, in cui la componente passiva e debitoria fosse superiore a quella attiva. In questo caso, infatti, i *necessarii heredes*, non potendo rifiutare l'eredità, sarebbero rimasti esposti al pregiudizio economico conseguente alla confusione fra il proprio patrimonio personale e quello ereditario, essendo chiamati a rispondere dei debiti ereditari *ultra vires*. Per evitare loro tale responsabilità, il testatore poteva corredare l'istituzione di erede con la «*si volet*», rimettendo così l'acquisto ereditario alla volontà del chiamato [cfr. D. 28.5.87(86) (Maec. 7 *fideicom.*); D. 28.7.12 (Herm. 3 *iuris epitom.*)]. Inoltre, il pretore concesse il cosiddetto *ius abstinendi*, la facoltà di astenersi dall'acquisto ereditario a condizione che il soggetto fosse pubere e non si fosse «immischiato» nell'eredità [*«se immiscere»*, cfr. D. 29.2.57 (Gai. 23 *ad ed. prov.*) e Gai. 2.158-160]. L'*abstentio* esplicava i propri effetti sul piano del *ius honorarium*: il *suus* che avesse esercitato il *ius abstinendi* rimaneva *ex iure civili* erede, ma non era considerato tale dal pretore, il quale denegava le azioni ereditarie a suo favore e a suo carico. Tale beneficio riguardava però esclusivamente il (*heres necessarius et*) *suus*, mentre al liberto il pretore accordava soltanto il cosiddetto *beneficium separationis* (o *separatio bonorum*), attraverso il quale poteva sottrarre i beni

tantum, ossia gli schiavi manomessi e istituiti eredi dal *de cuius* – l'usucapione è esclusa⁴⁶.

Gai. 2.58

*Suo et necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro
herede usucapi potest.*

Oltre a ciò, la persona che possiede i beni ereditari per poterli usucapire *pro herede* deve necessariamente essere fornita della capacità di ricevere per testamento (c.d. *testamenti factio* passiva). Trattasi, in verità, di un requisito piuttosto evidente – tanto che lo stesso Paolo introduce l'affermazione con il verbo «*constat*» – in quanto consentire a colui che fosse privo della capacità di essere erede di acquisire tale titolo mediante usucapione avrebbe condotto a risultati palesemente contraddittori. Anzi, avrebbe portato ad un vero e proprio aggiramento in via di fatto di un divieto legale o, in generale, di un

eventualmente acquistati dopo la morte del padrone all'esecuzione patrimoniale da parte dei creditori, alla quale rimanevano esposti soltanto i beni ereditari (Gai. 2.154-155). La *bonorum venditio* della massa ereditaria avveniva, però, contro il liberto, onde evitare che il nome del defunto fosse adombrato dall'*infamia* conseguente al procedimento esecutivo. Anzi, era prassi frequente che i testatori nominassero erede il proprio schiavo manomesso proprio al fine di riversare su di lui le conseguenze infamanti della *bonorum venditio*. Sugli *heredes necessarii* si rinvia all'esposizione dei manuali: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 552; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 450; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 677 ss.; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., pp. 238 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 454 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 608 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., pp. 524 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 700 ss.; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 379 ss.; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., p. 465; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 675, 685 ss., 697 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 717, 722. Si veda, inoltre, P. VOGLI, *Diritto ereditario romano, I: Introduzione, parte generale*, Milano: Giuffrè, 1967, pp. 577 ss. (par. 17: «Acquisto e rinuncia da parte degli *heredes necessarii*»).

⁴⁶ Secondo M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 693 l'istituto dell'*usucapio pro herede* rinviene probabilmente la sua origine in un'epoca in cui, «in mancanza dei *sui*, non vi era ancora un diritto degli *adgnati* ad *habere familiam*, tutelato prima dell'effettiva presa di possesso mediante la *cretio*»: in questo caso, chi avesse compiuto l'*adprehensio pro herede* non avrebbe commesso una violazione del diritto altrui. Contrariamente a quanto da altri sostenuto, ciò porterebbe a concludere che l'*usucapio pro herede* sia risalente ad un'epoca assai remota. Secondo l'autore, l'*usucapio pro herede* manifestò la sua natura di «istituto dai tratti particolari, quando se ne ammise la ricorrenza anche in concorso del diritto degli agnati a *familiam habere*, tutelato nei confronti di qualsiasi terzo». Tuttavia, l'autore non ne individua i motivi, che rimangono tuttora oscuri, essendo «dubbio se nella configurazione arcaica la *possessio pro herede* dovesse avere ad oggetto tutto il patrimonio ereditario per portare all'acquisito dell'eredità». Dopodiché l'autore precisa che «rispetto alla disposizione decemvirale dell'*usus auctoritas*, il termine di un anno è spiegato da Gai. 2.54 con il fatto che l'*hereditas* in sé considerata non è una *res soli*, ma è dubbio che tale spiegazione vada bene per il periodo delle origini».

impedimento giuridico diretto proprio a precludere ad un certo soggetto di subentrare nella posizione dell'ereditando.

D. 41.5.4 (Paul. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*)

*Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede
usucapere posse.*

Infine, con riferimento ai soggetti terzi, è necessario che nessuno prima dell'aspirante usucapiente abbia posseduto le cose ereditarie e, più in particolare, occorre le stesse *res* ereditarie non siano cadute nella disponibilità dell'*heres extraneus*. Altrimenti, laddove quest'ultimo avesse si fosse impossessato della massa ereditaria, l'eventuale acquisizione di quelli stessi beni da parte di un terzo avrebbe configurato un'ipotesi di spossessamento, tale da integrare gli estremi del *delictum* di *furtum*⁴⁷, precludendo a maggior ragione ogni possibilità di usucapione.

Al contrario, fin dall'epoca antica, non integrava gli estremi del furto l'eventuale appropriazione da parte di un terzo di cose ereditarie prima che l'*heres extraneus* ne avesse conseguito il possesso, rendendo così del tutto ammissibile in tale ipotesi l'operatività dell'*usucapio pro herede*.

Gai, 2.52

*Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se
possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius
possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit;
nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae
recipit usucapionem. Quae species possessionis et
usucapionis pro herede vocatur.*

Sussistendo tali condizioni⁴⁸, si verificava in periodo risalente quella che nelle fonti viene definita l'*adprehensio pro herede*, ossia un'apprensione

⁴⁷ Al *furtum* è dedicato il titolo secondo (*De furtis*) del libro 47 del *Digesto*. In particolare, cfr.: D. 47.2.1 (Paul. 39 *ad ed.*); D. 47.8.2 (Ulp. 56 *ad ed.*). Si vedano, inoltre, i seguenti passi ad esso riferiti: Gai. 3.195; Gai. 3.183 ss.; Gai. 4.8; Gai. 3.209; Cic. *Pro Tull.* 3.7 e 13.31. Per alcuni essenziali riferimenti bibliografici in tema di *furtum* si veda *infra*: cap. 3, par. 3.1.

⁴⁸ Che questi siano i requisiti dell'*usucapio pro herede* è opinione condivisa da P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 238, il quale li riassume in questi termini: «[...] che non si può usucapire se non cose di cui l'erede vero non abbia avuto il possesso, che non si può usucapire contro l'*heres suus* e si può invece in qualunque tempo revocare questa usucapione, intentando la petizione di eredità o l'interdetto *quorum bonorum*».

dell'eredità idonea determinare, in capo ad un anno, l'acquisto della titolarità della stessa. Al ricorrere dei citati requisiti, il soggetto era considerato un *iustus possessor* dei beni ereditari: si riteneva, infatti, che questi avesse conseguito la disponibilità dei beni ereditari in base una *causa possessionis* e che, dunque, egli possedesse *pro herede*. Con la conseguenza che, decorso un anno, pur non sussistendo la *bona fides*, egli acquistava la piena titolarità dell'*hereditas*⁴⁹. Rispetto alla produzione di tale effetto, peraltro, come precisa Gaio, non rivestiva alcuna rilevanza la natura mobile o immobile del bene posseduto. Gaio, infatti, afferma che questo era il solo caso di usucapione annuale di immobili, per l'acquisto dei quali era normalmente richiesto che il possesso si protraesse per almeno due anni.

Gai, 2.53

Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur.

Ed è lo stesso Gaio a riferirci anche la *ratio* di tale eccezione alla regola generale – com'è noto risalente alle XII tavole⁵⁰ – che riservava il breve termine annuale a tutte le altre cose che non fossero ricomprese o assimilabili ai *fundi*. Egli spiega che in origine l'eredità era considerata compresa, appunto, nelle *ceterae res*, poiché non era certamente assimilabile ad un fondo; anzi, a ben vedere non si trattava neppure di una cosa necessariamente corporale, dal momento che poteva comporsi anche di crediti o debiti, e, cioè, di *res incorporales*. Dopodiché la regola dell'usucapione annuale, nata in relazione all'*hereditas* come universalità di beni, è stata estesa anche con riferimento ai singoli beni facenti parte della massa ereditaria, a prescindere dalla loro natura, rendendo così del tutto irrilevante ai fini della relativa *usucapio* la distinzione fra *res mobiles* o *immobiles*.

Gai. 2.54

Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditarium

⁴⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 692-693.

⁵⁰ Tab. 6.3: «*Usus auctoritas fundi biennium est, [...] ceterarum rerum omnium [...] annuus est usus.*»

possessione ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est [quia neque corporalis est]; et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.

6.2. L'*usucapio hereditatis*: ratio originaria e sua evoluzione nel mutato contesto storico.

Quanto alla *ratio* dell'*usucapio pro herede*, la dottrina ritiene che, trattandosi di istituto di età arcaica, sia da rinvenire nell'ambito dei caratteri tipici di quell'epoca e, in particolare, nella forte attenzione al sentimento di religiosità. Per questo si è ipotizzato che l'*usucapio pro herede* sia frutto della giurisprudenza pontificale, la quale, preoccupata di assicurare un continuatore ai *sacra* del defunto, avrebbe predisposto un meccanismo per acquisire in breve tempo – un anno – l'*hereditas* come complesso unitario, possedendo i beni che ne facevano parte⁵¹.

La giustificazione politico-legislativa dell'istituto⁵² viene, dunque, ricollegata alla necessità di sollecitare il chiamato ad adire quanto prima possibile, o comunque più rapidamente, l'eredità delata («*maturius hereditates adiri*»), dietro minaccia di perdere la titolarità della stessa, che poteva essere usucapita da colui che l'avesse, anche in mala fede – ossia pur consapevole di non essere il chiamato – posseduta per un anno. Tutto questo, naturalmente, al fine di scongiurare un duplice rischio e assicurare due diverse, ma parimenti fondamentali, esigenze: la prima di interesse pubblico, volta a preservare

⁵¹ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 316.

⁵² Secondo M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 693 «è dubbio se l'introduzione dell'*usucapio pro herede* fosse dovuta a considerazioni politico-legislative del genere, che possono aver eventualmente avuto un ruolo nel perdurare dell'istituto ed influito sulla trasformazione dello stesso da modo di acquisto dell'*hereditas* a quello della proprietà delle singole cose ereditarie». Egli riconduce tale trasformazione alla fine del II sec. a.C., ipotizzano che sia avvenuta in concomitanza con l'introduzione della *bonorum venditio*, esperibile infatti anche sul patrimonio del defunto che fosse privo di eredi, «rispecchiandosi nella più recente regolamentazione pontificale dei *sacra*, (da riportare a Q. Mucio Scevola, il *pontifex maximus*)».

l'integrità della sfera religiosa, garantendo la presenza di qualcuno su cui far gravare l'onere della continuazione dei *sacra*. La seconda, di carattere privato, di individuare un soggetto contro il quale potesse indirizzarsi l'azione degli eventuali creditori ereditari.

Gai. 2.55

Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

In proseguo di tempo e, in particolare, nel diritto classico l'*usucapio pro herede* modificò in parte i propri connotati, e cominciò ad essere ammessa con riferimento non più all'*hereditas* come complesso unitario, bensì alle singole *res hereditariae*. Allo stesso tempo, però, mantenne le due peculiari caratteristiche presenti già in età arcaica relative al termine annuale e alla non necessità della *bona fides* e della *iusta causa*: di conseguenza, l'*usucapio pro herede* continuava a potersi compiere sia in capo a colui che fosse consapevole di non essere *heres*, sia a colui che si reputasse tale in base ad un titolo in verità invalido⁵³.

Tuttavia, un simile modo di acquisto dei singoli beni ereditari, – presi nella loro singolarità e non come complesso unitario – del tutto scisso dal requisito della *bona fides*, non tardò a manifestare la sua inadeguatezza. Infatti, se l'assenza della buona fede soggettiva del possidente non rappresentava probabilmente un problema in età arcaica epoca, in cui la violazione dei *boni mores* era un'eventualità minimamente diffusa⁵⁴, tutto questo non vale per i secoli successivi, in cui la violazione della buona fede, intesa come consapevolezza di ledere l'altrui sfera giuridica, per lo più con la prospettiva di conseguire un profitto patrimoniale, si manifesta con maggiore frequenza. Ecco

⁵³ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 316.

⁵⁴ La motivazione di tale maggiore «correttezza» propria dell'epoca arcaica era dovuta, da un lato, all'inferiore sviluppo delle relazioni private, dall'altro al forte sentimento religioso che connotava questa fase storica e che conduceva, il più delle volte, i singoli a rispettare i dettami di caratteri religiosi che erano, prima ancora, dettami di caratteri etici, al fine di preservare l'equilibrio socio-religioso della *civitas*.

perché Gaio nel descrivere questo particolare tipo di usucapione non esita a definirla «*lucrativa*»⁵⁵, proprio in quanto volta a «*lucrificare*» (Gai. 2.56) e, con un aggettivo che esprime un chiaro giudizio di disvalore, addirittura «*improba*»⁵⁶ (Gai. 2.55): aggettivo, quest'ultimo, che noi potremmo tradurre come «ingiusta», in quanto svincolata dai requisiti che il *ius civile* normalmente impone per il possesso «*ad usucapionem*»; o, volendo valorizzare maggiormente l'aspetto soggettivo-psicologico, come «disonesta», in quanto non preclusa neppure a fronte della *mala fides* del soggetto, che può acquistare l'*hereditas* anche consapevole di invadere la sfera altrui.

Gai. 2.56

*Haec autem species possessionis et usucapionis etiam
lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrificat.*

La percezione dell'inadeguatezza dei connotati di tal istituto e in particolar modo della «lucrattività», portò dunque alla necessità della loro abolizione, la quale tuttavia, come rilevato da Mario Talamanca, «avvenne secondo lo stile romano gradualmente»⁵⁷. Infatti, un primo cambiamento si ebbe già con l'imperatore Adriano, il quale ammise l'esercizio dell'azione di petizione dell'eredità da parte dell'*heres* contro chi in mala fede avesse usucapito *pro herede* una cosa ereditaria. Il senatoconsulto adrianeo, in particolare, consentiva che l'erede vero potesse, sperando la *petitio hereditatis*, cancellare gli effetti dell'*usucapio pro herede* compiuta a favore del possessore di mala fede. Quanto alla natura di tale rimedio, è chiaro che esso aveva una funzione

⁵⁵ Per l'etimologia e il significato dell'aggettivo «*lucrativa*» si vedano *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *lucrativus*, *a*, *um*, p. 116: «*ad lucrum pertinens*»; *Thesaurus linguae Latinae*, s.v. *lucrativus*, *-a*, *-um*, pp. 1713-1714: *a* *lucrari*; *Lexicon Latinitatis Nederlandicae Medii Aevi*, s.v. *lucrativus*, *a*, *um*, p. 2859: «*winstgevend, lucrum afferens*»; *Lexicon mediae et infimae Latinitatis Polonorum*, s.v. *lucrativus*, *-a*, *-um*, p. 1536: «*lucrosus, lucrum afferens*», nonché in senso traslato, come riferito alle persone (*de hominibus*), «*aliquid appetens, cupidus, avidus alicuius rei*».

⁵⁶ Anche in questo caso per approfondimenti lessicali e semantici dell'aggettivo «*improba*» merita confrontare *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *improbus vel inprobus*, *a*, *um*, pp. 751-752: (*in negat. et probus*); *Thesaurus linguae Latinae*, s.v. *improbus*, *-a*, *-um*, pp. 689-690: «*ab in et probus*»; *Lexicon Latinitatis Nederlandicae Medii Aevi*, s.v. *improbus*, *a*, *um*, pp. 2375-2376: «*schlecht, genere malus*»; *Lexicon mediae et infimae Latinitatis Polonorum* s.v. *improbus* *s. inprobus*, *-a*, *-um*, p. 231: «*non probus, malus [...] turpis*», ma anche «*iniquus, pravus, flagitiosus*».

⁵⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 693.

che oggi definiremmo «rescissoria, in quanto, se non veniva esperita, l'acquisto restava efficace»⁵⁸.

La definitiva abolizione dell'istituto, tuttavia, avvenne soltanto sotto Marco Aurelio, il quale introdusse un'apposita fattispecie criminosa, la cui condotta consisteva proprio nell'impossessamento di cose ereditarie (*crimen expilatae hereditatis*). Da questo momento in poi, dunque, l'appropriazione di cose ereditarie – che, come visto, secondo il *ius civile* non configurava *furtum*⁵⁹ – non soltanto non consentì più di addivenire al risultato dell'usucapione, ma perse ogni profilo di legittimità, essendo configurata alla stregua di un *crimen*, reprimibile *extra ordinem*. Di conseguenza, da questo momento in poi la *bona fides* diventa elemento costitutivo dell'*usucapio pro herede*, la quale produce effetti soltanto quando il *possessor pro herede* abbia acquisito il possesso in buona fede. Al contrario, un'*adprehensio* accompagnata dalla consapevolezza dell'altruità della cosa o circa la propria non qualità di *heres*, non avrebbe prodotto alcun effetto e non gli avrebbe consentito, dunque, di acquisire l'*hereditas*, a prescindere dall'esercizio o meno della *petitio hereditatis* da parte del *verus heres*.

Gai. 2.57

Sed hoc tempore iam non est lucrativa: nam ex auctoritate divi Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Così configurato l'istituto sopravvive nella compilazione giustiniana, la quale per la verità, nel confermare la vigenza dell'istituto, ne annacqua i confini, dilatandone il contenuto e identificando con lo stesso *nomen* «*usucapio pro herede*» due diverse fattispecie.

La prima di esse sarebbe appunto l'usucapione dell'erede apparente, ossia di colui che, pur non essendo erede, possiede in buona fede l'eredità e le cose ad

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Sul punto, cfr. *supra*, p. 43, nt. 75.

essa pertinenti, e corrisponderebbe dunque a quella «*usucapio lucrativa*» di cui parla Gaio (cfr. *supra* Gai. 2.56)⁶⁰.

Circa la configurazione di tale istituto nell'ambito della compilazione, la dottrina ha ipotizzato che Giustiniano, volendo abolire questa peculiare figura di usucapione, eliminò dalle proprie *Istitutiones* i passi in cui Gaio si occupava dell'istituto, estendendo il requisito della *bona fides*⁶¹ per ogni usucapione e sostituendo l'originario termine annuale dell'*usucapio pro herede*⁶² con i nuovi termini di tre, dieci o venti anni. Mantenne, invece, le altre caratteristiche proprie dell'istituto, ossia l'assenza di *heredes sui* e il fatto che l'erede non abbia mai conseguito il possesso dei beni ereditari⁶³.

Da non confondere, infine, con l'ipotesi appena descritta dell'usucapione *pro herede* dell'erede apparente è la diversa ipotesi della usucapione compiuta da parte dell'erede vero su cose falsamente credute ereditarie. La validità di tale forma di usucapione era discussa in età classica: questa, infatti, fondandosi sull'erronea convinzione da parte del vero erede che il defunto, da cui aveva correttamente acquistato l'eredità, avesse posseduto i beni ereditari a titolo di proprietà, era ammessa «da quei giuristi che riconoscevano l'efficacia del cosiddetto titolo putativo, cioè la giusta causa meramente immaginaria o presunta»⁶⁴. Questa seconda fattispecie di usucapione viene pure ricondotta da

⁶⁰ Sull'*usucapio pro herede* merita citare l'opinione di P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 437 ss., secondo cui tale figura «non era altro nel diritto classico se non la *lucrativa pro herede usucapio*, cioè una di quelle figure eccezionali, cui non si applicavano i nuovi requisiti della *iusta causa* e della *bona fides*».

⁶¹ Ancora il riferimento è a P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 238, il quale definisce il requisito della *bona fides* in questi termini: «La buona fede non è altro che il comportarsi da persona onesta nella presa di possesso: in altri termini, la coscienza di non far torto al legittimo possessore.» Dopodiché, l'autore precisa che nell'usucapione il «presupposto è in generale un errore: che si creda di ricevere dal proprietario o da un suo rappresentante o almeno di non tener la cosa da padrone contro il suo consenso. La credenza di essere diventato proprietario in base a un negozio d'acquisto non è necessaria.»

⁶² L'antica *usucapio pro herede*, come accennato, si compiva in un solo anno anche con riferimento ai beni immobili.

⁶³ Di nuovo, citiamo il pensiero di P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 238: «Ma distrutte queste due troppo visibili e gravi caratteristiche, forse gli parve di aver conciliato abbastanza l'usucapione *pro herede* con il tipo normale, onde la mantenne con tutte le particolarità della sua essenza primitiva e del suo sviluppo ulteriore [...]».

⁶⁴ Questa è la conclusione di P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 237. Della stessa opinione anche A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 317, secondo cui in caso di usucapione da parte dell'erede vero di cose da lui erroneamente ritenute appartenenti all'eredità «non si tratterebbe comunque di *usucapio pro herede*, bensì di un'ipotesi di titolo putativo».

Giustiniano nell'alveo dell'*usucapio pro herede* e di essa, infatti, si trova traccia nel relativo titolo del Digesto. Sul tema in particolare viene in rilievo un breve frammento del giurista Pomponio, il quale, pur senza nominare in maniera esplicita l'*usucapio pro herede*, riporta che, almeno stando all'opinione dominante («*plerique putaverunt*»), l'erede (quello vero, non apparente) avrebbe potuto usucapire una cosa ritenuta erroneamente ereditaria. Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, in questo caso saremmo di fronte ad «una fattispecie la quale, più che nella *causa pro herede*, rientrava in quella *pro suo*»⁶⁵.

D. 41.5.3 (Pomp. 23 ad *Q. Muc.*)

Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit, posse me usucapere.

Il fraintendimento o la sovrapposizione tra le due diverse figure, usucapione dell'erede apparente dei beni (realmente) ereditari e usucapione dell'erede vero sui beni erroneamente ritenuti ereditari è dovuta, in verità – secondo quanto è stato sostenuto – ad una «storica anomalia» contenuta all'interno della compilazione giustinianea⁶⁶, frutto di un equivoco – o meglio un doppio equivoco – in cui sarebbe caduto lo stesso Giustiniano. Questi avrebbe, infatti, per errore annoverato tra le *iustae cause* anche il titolo *pro herede*, sia con riferimento al vero erede che possiede cose appartenenti ad altri ma che egli ritenga in buona fede facenti parte dell'asse ereditario, sia rispetto all'erede apparente, che possiede – senza averne titolo, ma in buona fede – l'eredità e le sue pertinenze.

I due equivoci, tuttavia, si collocano su piani diversi e sono connotati da un diverso grado di gravità: infatti, il primo, relativo all'*usucapio* del vero erede,

⁶⁵ Questa volta il riferimento è a M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 694, il quale sottolinea, peraltro, come «l'opinione dei *plerique* sembrerebbe poi disattesa in C. 7.29.4 di Diocleziano», che qui si riporta: C. 7.29.4 (Imperatores Diocletianus, Maximianus, a. 294): «*Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest nec prodesse neque tenenti neque heredi eius potest, nec obtentu velut ex hereditate, quod alienum fuit, domini intentio ullo longi temporis spatio absumitur.*»

⁶⁶ L'espressione è di P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 237, autore del giudizio che qui si riporta.

sarebbe un equivoco meramente formale⁶⁷ e, potremmo dire 'di etichetta', in quanto Giustiniano, nel riconoscere l'operatività di tale meccanismo lo qualifica *pro herede*, inserendo i relativi frammenti nei titoli del Digesto e del *Codex* rubricati appunto «*Pro herede*».

Al contrario del primo, l'equivoco relativo all'*usucapio pro herede* dell'erede apparente sarebbe invece sostanziale, perché riporta e ingloba come ipotesi di *iusta causa* un istituto che come visto nasce in verità proprio come figura che eccezionalmente si sottrae alla necessità della *iusta causa*, oltre che della *bona fides*. E, d'altra parte, non avrebbe potuto essere altrimenti, in quanto l'erede apparente «non succede realmente in alcun rapporto e potrà quindi essere in perfetta buona fede, ma il suo possesso non è veramente basato su di una *iusta causa*»⁶⁸.

7. Osservazioni conclusive in ordine a «*possessor pro herede*» ed erede apparente: una parziale affinità.

Giunti a questo punto possiamo, dunque, trarre le prime parziali conclusioni in ordine all'istituto che ha formato oggetto di studio del presente capitolo, ossia l'erede apparente e il suo presunto predecessore, il *possessor pro herede*.

L'analisi delle fonti, e in particolare della testimonianza di Gaio, ha fatto emergere che l'iniziale suggestione che ci ha portato ad assimilare il concetto moderno di erede apparente a quello romano di *possessor pro herede* deve, a ben vedere, essere ricalibrata. Come abbiamo avuto modo di verificare, fra i due concetti non sussiste una perfetta sovrapponibilità: anzi, gli stessi hanno una portata e un'ampiezza diversa, che peraltro già risulta da un'attenta analisi delle rispettive nomenclature. Queste, infatti, sono costruite in maniera diversa, ruotando rispettivamente, l'una, attorno al concetto di eredità, l'altra, a quello del possesso. Con riferimento al *possessor pro herede*, dunque, il riferimento all'eredità non viene in rilievo come dato primario, ma come specificazione

⁶⁷ Così si esprime P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 237: «Se Giustiniano ha riconosciuto le due cause anomale di usucapione, ciò deriva da un doppio equivoco: il primo più che altro di parole e di forma, il secondo veramente di sostanza.»

⁶⁸ *Ibid.*

successiva, che si aggiunge a quella principale rappresentata dal possesso. Certo, trattasi di una specificazione importante, in quanto idonea a distinguerla dall'altra tipologia di *possessor*, quello *pro possessore*, e dunque parrebbe introdurre una nuova caratterizzazione, relativa all'elemento soggettivo del *possessor*: 'in buona fede' se *pro herede*, 'in mala fede' se *pro possessore*. Tuttavia, anche questa divisione perde la propria simmetria se meglio si analizzano le parole di Gaio, il quale nel definire il *possessor pro herede* afferma che può essere tale anche «*qui heres est*». Crolla così definitivamente l'idea di poter considerare tale figura del diritto romano come il diretto antecedente dell'istituto moderno: infatti, tale conclusione, che pareva legittimata e forse anche scontata dalla prima parte del discorso di Gaio, secondo cui è *possessor pro herede* chi crede di essere erede, si dissolve nel momento in cui alla 'falsa credenza' si aggiunge la 'realtà'. Se *possessor pro herede* può essere non solo chi crede di avere il titolo di erede, ma anche chi effettivamente lo abbia, significa che tale qualifica non presuppone necessariamente una situazione di apparente legittimazione, potendo verificarsi anche in presenza di una legittimazione effettiva. Ma, come abbiamo cercato di mettere in rilievo, questa apparente stranezza per cui l'istituto tiene insieme 'chi è' e 'chi crede di essere', chi ha la qualifica e chi non la ha, si spiega in ragione del fatto che *possessor pro herede* è anzitutto un possessore; laddove, invece, la disponibilità materiale del bene non è necessariamente richiesta per la qualifica di erede apparente. Sulla base di tali rilievi, se non può dunque affermarsi una perfetta sovrapponibilità del *possessor pro herede* rispetto all'erede apparente, alla stregua di un rapporto di discendenza diretta, non può però neppure disconoscersi che fra i due sussista una qualche familiarità, dal momento che almeno in parte le due figure corrispondono. Ecco perché, se concordiamo con quella dottrina che ironizza sulla 'diversa vestibilità' degli abiti di erede apparente e *possessor pro herede*, riteniamo però di poter riconoscere fra i due un legame, se non di parentela, quantomeno di parziale affinità.

CAPITOLO III

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELL'ADEMPIMENTO DELL'OBLIGAZIONE: CREDITORE APPARENTE, *FALSUS CREDITOR* E *ADIECTUS SOLUTIONIS CAUSA*

SOMMARIO: 1. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto civile italiano. – 1.1. Il principio di apparenza nel diritto delle obbligazioni: adempimento e pagamento. – 1.2. La legittimazione passiva a ricevere il pagamento e i possibili destinatari dell'adempimento: creditore vero, creditore apparente, *adiectus solutionis causa*. – 1.3. La disciplina del pagamento al creditore apparente nel nostro codice civile: l'art. 1189. – 2. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto romano. – 3. Il creditore apparente nelle fonti giuridiche romane: un caso isolato di *falsus creditor*. – 3.1. La definizione di *falsus creditor* in D. 47.2.43.pr.: una preziosa parentesi. – 3.2. Il *furtum* del *falsus creditor*: la fattispecie contenuta in D. 47.2.43.pr. e la soluzione prospettata da Ulpiano. – 3.3. Gli effetti del pagamento al creditore apparente nel diritto romano e in quello moderno: sanzionabilità del *falsus creditor* e tutela del debitore in buona fede. – 4. L'*adiectus solutionis causa* nelle fonti giuridiche romane. – 5. Osservazioni conclusive in ordine al *falsus creditor* come «*avus*» del creditore apparente: una continuità «*magis speciosa quam vera*».

1. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto civile italiano.

1.1. Il principio di apparenza nel diritto delle obbligazioni: adempimento e pagamento.

Oltre al campo del diritto ereditario – di cui abbiamo appena trattato dedicandoci alla figura dell'erede apparente – il principio dell'*apparentia iuris* trova, poi, importanti applicazioni nell'ambito del diritto contrattuale e delle obbligazioni. La nostra attenzione si sposta, dunque, dal settore ereditario e delle successioni *mortis causa* – in cui alberga l'istituto dell'erede apparente – a quello delle relazioni tra privati instaurate mediante negozi *inter vivos*, quali i contratti o gli altri atti che siano fonte di obbligazioni per le parti, nell'ambito dei quali si colloca la disciplina del 'pagamento al creditore apparente'.

Muta, dunque, il contesto di riferimento, ma l'aggettivo che accompagna i due sostantivi, erede e creditore, è sempre il medesimo: «apparente». In questo secondo caso, però, la figura del creditore apparente non rileva in sé e per sé, ma interessa al nostro legislatore con riferimento all'atto del pagamento.

Ciò in quanto è giuridicamente irrilevante che un soggetto possa manifestare all'esterno le vesti del creditore, ossia del titolare del diritto di credito finché ciò non si traduca in un atto negoziale in grado di incidere sulle sorti del credito stesso e dunque, in ultima analisi, sugli interessi del creditore effettivo. Al contrario, l'ordinamento dovrà preoccuparsi di disciplinare quelle situazioni in cui l'apparenza di creditore provochi la reazione altrui e, in particolare, quella del debitore, che, confidando nelle apparenti vesti creditorie dell'*accipiens*, esegua la prestazione cui è tenuto nelle mani di costui.

Da quanto osservato, dunque, emerge che l'*apparentia iuris* applicata alla figura del creditore interessa con riferimento al fenomeno del pagamento o, più in generale, dell'adempimento, assumendo infatti rilievo giuridico allorquando la prestazione sia eseguita a favore di un soggetto che abbia solo l'apparenza, ma non l'essenza di creditore.

Volendo nuovamente seguire l'impostazione adottata nel capitolo precedente, anche questa volta è opportuno premettere un breve inquadramento dell'istituto nell'ambito del diritto moderno: ciò sempre nella convinzione – già dichiarata – circa l'inadeguatezza di un'indagine che si proponga di ricercare nel passato eventuali anticipazioni di figure proprie del nostro ordinamento, senza aver preventivamente studiato e compreso l'essenza dell'istituto rispetto al quale intende instaurare il raffronto. In tale ottica, dunque, soltanto una volta ricostruito il fenomeno interessato attraverso le categorie note alla modernità giuridica, sarà poi possibile indagare l'eventuale presenza di antecedenti storici nel diritto romano; e, laddove tale ricerca dia esito positivo, effettuare un raffronto, valutando se prevalgano i margini di continuità o, piuttosto, quelli di frattura.

Se questo è, dunque, il percorso che si intende seguire, il primo passo da compiere dovrà allora tendere ad inquadrare giuridicamente il fenomeno del pagamento al creditore apparente così come è oggi disciplinato: a tal fine, è necessario richiamare brevemente il contesto entro il quale detto istituto si colloca, che è, evidentemente, quello dell'adempimento delle obbligazioni, di cui il pagamento costituisce la più importante e frequente modalità.

Ora, com'è noto, l'adempimento è l'esatta esecuzione della prestazione dovuta dedotta in obbligazione e rappresenta, nell'ordinamento italiano, il principale, sebbene non unico, modo di estinzione delle obbligazioni. Più

correttamente, l'adempimento può definirsi come il mezzo normale di estinzione del rapporto obbligatorio, rispetto al quale si inserisce nella fase fisiologica ed esecutiva: con esso, infatti, il debitore, eseguendo esattamente la prestazione alla quale si è impegnato, si libera dal vincolo debitorio e, correlativamente, soddisfa l'interesse del creditore. L'esatto adempimento, dunque, al tempo stesso libera il debitore e soddisfa il creditore, estinguendo così il *vinculum iuris* che legava le due parti, attiva e passiva, dell'obbligazione.

Dal punto di vista ontologico, dunque, l'adempimento appartiene alla più ampia categoria dei fatti giuridici, intesi come quegli accadimenti naturali o umani produttivi di determinati effetti riconosciuti e tutelati dall'ordinamento¹.

Sotto il profilo funzionale, invece, l'adempimento, in quanto teso a realizzare, da un lato, la soddisfazione dell'interesse del creditore e, dall'altro, la liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio, opera come strumento di composizione tra le diverse esigenze delle due parti dell'obbligazione².

Per quanto concerne, poi, l'aspetto definitorio, pur essendo chiara l'essenza e la funzione dell'adempimento, manca tuttavia nel nostro ordinamento una sua definizione normativa. Il legislatore, infatti, pur utilizzando svariate volte il termine adempimento, non ha ritenuto necessario specificarne la nozione, né individuarne gli elementi costitutivi. Questi sono, dunque, ricavati in via interpretativa dal complesso delle disposizioni codicistiche e, in particolar modo, da quelle dettate in tema di inadempimento o non esatto adempimento dell'obbligazione e, correlativamente, di responsabilità contrattuale.

¹ La qualifica dell'adempimento in termini di «atto giuridico» non è sempre stata pacifica in dottrina. In passato si è, infatti, discusso se all'adempimento dovesse attribuirsi natura fattuale o, piuttosto, negoziale. In particolare, per i sostenitori della prima tesi, l'adempimento sarebbe un fatto giuridico, ossia ogni accadimento produttivo di conseguenze giuridicamente rilevanti; per i fautori della seconda tesi, invece, l'adempimento dovrebbe più correttamente qualificarsi come negozio giuridico, facendo riferimento alla manifestazione di volontà, diretta a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridicamente rilevanti. Ad oggi, tuttavia, la teoria negoziale è stata per lo più abbandonata dalla dottrina, che tendenzialmente ricostruisce l'adempimento in termini fattuali. Qualche voce isolata sostiene ancora oggi la teoria negoziale, rilevando che, se l'adempimento non si fondasse sulla volontà di adempiere l'obbligazione, sarebbe un comportamento del tutto neutro, che necessiterebbe di essere ricollegato ad una qualche giustificazione casuale, come ad esempio una donazione.

² Sul punto la dottrina (Perlingieri) sottolinea come tale funzione si giustifichi, in particolar modo, laddove si acceda alla tesi che configura l'obbligazione come rapporto giuridico complesso.

A tali considerazioni deve, poi, aggiungersi un'ulteriore precisazione lessicale: individuato l'adempimento come il modo ordinario per estinguere l'obbligazione debitoria, attraverso l'esecuzione della prestazione da parte dell'obbligato nei confronti del creditore, occorre però rilevare che non è infrequente³ l'utilizzo promiscuo da parte del nostro legislatore dei termini «adempimento» e «pagamento». Trattasi, in verità, di un utilizzo non del tutto proprio, dal momento che fra i due termini non può dirsi sussistente una perfetta assimilazione. L'utilizzo del termine «pagamento», infatti, dovrebbe più correttamente essere limitato alle sole obbligazioni pecuniarie, alle quali tecnicamente si riferisce in maniera specifica⁴. Tuttavia, in via di fatto deve rilevarsi come il suo utilizzo quale sinonimo di «adempimento», pur giuridicamente da considerarsi improprio⁵, risulti ampiamente diffuso nel linguaggio comune. Tale sovrapposizione terminologica, probabilmente, oltre ad essere il più delle volte irrilevante, stante il rapporto di *genus ad species* che lega i due concetti – essendo il pagamento nient'altro che una, anzi la principale, modalità di adempimento – è ulteriormente giustificabile in virtù dell'assenza, come anzidetto, di una definizione positiva che individui e, al contempo, ne delimiti, i confini precisi del concetto di adempimento.

Stante l'assenza di una norma definitoria all'interno del nostro codice, la dottrina e, in parte, anche la giurisprudenza hanno ampiamente discusso in merito all'opportunità di delineare una nozione di «esatto adempimento». Operazione, quest'ultima, solo apparentemente semplice, in quanto impone di

³ Per avere conferma dell'utilizzo legislativo del termine «pagamento» in luogo di quello, tecnicamente corretto, di «adempimento», si vedano a titolo esemplificativo i seguenti articoli del nostro codice civile: 1185, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1197, 1198, 1200, 1201, 1203, 1205, 1206, 1245, 1262, 1269, 1270.

⁴ Ciò risulta chiaramente dall'articolazione del codice civile, che dedica un'apposita sezione (la prima sezione del settimo capo del primo titolo del libro quarto «delle obbligazioni») alle obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro (cfr. artt. 1277 ss. c.c.).

⁵ La parola «adempimento» riveste una funzione generale ed omnicomprensiva, essendo riferibile all'esecuzione di ogni tipo di prestazione, abbia essa ad oggetto un dare, un fare o un non fare dell'obbligato. Rispetto a tale generale accezione, il termine «pagamento» costituisce una delle possibili specificazioni, individuando più precisamente l'adempimento dell'obbligazione di pagare – e quindi di dare – una somma di denaro. Nel regime dell'adempimento delle obbligazioni (art. 1176 ss. del c.c.), infatti, il termine «pagamento» compare per la prima volta nell'art. 1182, comma 3, che riguarda l'obbligazione «avente per oggetto una somma di danaro». Per un approfondimento circa la nozione civilistica di pagamento, nonché quella più generale di adempimento, si rinvia a: M. GIORGIANNI, *s.v. Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 12, Torino: UTET, 1965, pp. 321-332; R. NICOLÒ, *s.v. Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 554-567.

ampliare l'angolo di osservazione, richiedendo all'interprete di tenere insieme più prospettive: quella «etimologico-letterale», quella «logico-sistematica» e, naturalmente, quella «storico-funzionale».

Sotto il primo profilo, che indubbiamente si colloca ad un livello del tutto generale e preliminare, con il termine «adempimento» vengono indicati tutti quegli atti e comportamenti che risultino corrispondenti alla condotta imposta dalla norma, legislativa o negoziale che sia. Adempimento è termine che può essere utilizzato non soltanto con riferimento ad una obbligazione contrattuale, ma anche rispetto ad una prescrizione di legge, che risulta adempiuta laddove ad essa si conformi il comportamento del soggetto destinatario del precetto. Peraltro, non necessariamente deve trattarsi di norma afferente al campo del diritto civile o privato, potendo trattarsi di disposizione di legge amministrativa o anche penale e, dunque, pubblicistica⁶, nonché più in generale, come insegna la nostra Costituzione, di doveri di ordine sociale, economico e politico⁷.

Con riferimento al secondo profilo, che abbiamo per sinteticità definito «logico-sistematico», l'adempimento deve essere inserito nel sistema giuridico nel suo complesso, ossia osservato non singolarmente ma all'interno del nostro ordinamento e letto nel rapporto con i diversi istituti che lo compongono. Sotto tale prospettiva, l'adempimento dovrà dunque essere messo a confronto con il suo corrispettivo, ossia l'inadempimento, che rispetto ad esso rappresenta concetto simmetrico e speculare, dal punto di vista etimologico e funzionale. In particolare, dalla lettura dell'art. 1218 c.c.⁸ si ricava che è «inadempiente» il

⁶ Per quanto concerne il diritto penale basti pensare all'art. 51 c.p., che nell'ambito delle cause di giustificazione (o scriminanti che dir si voglia) contempla quella dell'«adempimento di un dovere», escludendo la punibilità della condotta criminosa nel caso in cui sia stata posta in essere nell'osservanza e, dunque, in adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine dell'autorità (cfr. art. 51 – *Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*: «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità. [...]). Rispetto al diritto amministrativo sarà sufficiente ricordare il dibattito dottrinale che, in sede di redazione del codice del processo amministrativo (c.p.a., d.lgs. 104/2010), si è sollevato in merito all'azione di esatto adempimento, volta ad ottenere la condanna della pubblica amministrazione all'emanazione di un determinato provvedimento.

⁷ Il riferimento è evidentemente all'articolo 2 della nostra Carta costituzionale, che richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

⁸ Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'art. 1218 c.c. – *Responsabilità del debitore*: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.».

debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta e, pertanto, potrà *a contrario* concludersi che quello stesso soggetto risulta essere «adempiente» quando esegue la prestazione in modo esatto e conforme a quanto richiesto.

Infine, analizzando il fenomeno dal punto di vista storico-funzionale, che peraltro è quello che ai nostri fini maggiormente interessa, occorre rilevare la differenza fra la moderna accezione di adempimento e il significato che tale concetto assumeva nel diritto romano. Sotto quest'ultima prospettiva, occorre ricordare che nel diritto romano in verità l'adempimento non rappresentava, come oggi, il normale mezzo estintivo del rapporto obbligatorio. Infatti, l'estinzione del *vinculum iuris*⁹, ossia l'obbligazione che legava il cosiddetto «*obligatus*», cioè il debitore, al proprio *creditor*, richiedeva il compimento di un atto formale, che nelle fonti è normalmente individuato mediante la parola «*solutio*». La *solutio* rientrava nel novero dei cosiddetti atti *per aes et libram*, categoria comprensiva dei più antichi atti del *ius civile*, fra cui, oltre a quello che qui interessa, possiamo citare il *testamentum per aes et libram* o la *mancipatio*. Tali atti erano connotati, com'è noto, da un formalismo e ritualismo estremamente rigido e rigoroso: essi, per essere considerati validi, imponevano alle parti il compimento di una serie di atti che dovevano rispettare una sequenza precisa e predeterminata, la quale, non avrebbe dovuto essere disattesa neppure in minima parte. Infatti, anche la più piccola discrasia o deviazione rispetto a quanto richiesto dal *ius civile* avrebbe irrimediabilmente viziato l'atto, precludendo del tutto la produzione degli effetti giuridici avuti di mira dalle parti. La caratterizzazione dell'atto di *solutio* come atto *per aes et libram* lascia intendere, dunque, che al diritto romano non interessava tanto la conformità tra la prestazione eseguita dall'«*obligatus*» – ossia il debitore – e quella che formava oggetto dell'obbligazione contratta; piuttosto, occorre che le parti – debitore e creditore – realizzassero un negozio conforme ai requisiti formali della «*solutio*» e, dunque, rispettoso di le solennità richieste dal *ius civile* per quello specifico atto. In caso contrario l'atto non sarebbe stato considerato perfetto agli occhi del *ius civile* e, di conseguenza, ad esso non

⁹ A tutti nota è la celebre definizione giustiniana di *obligatio* (*Inst. Iust.* 13.3), con la quale ancora oggi i manuali di diritto privato e civile spesso introducono la trattazione del concetto di obbligazione: «*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*».

sarebbe seguita la produzione dell'effetto giuridico, cioè la liberazione del debitore dall'obbligazione: quest'ultimo sarebbe pertanto rimasto avvinto al creditore dal *vinculum iuris* che la *solutio* informale e irrituale non era in grado di sciogliere. Da questo punto di vista, emerge allora con evidenza la diversa caratterizzazione della *solutio* del diritto romano rispetto all'adempimento del diritto civile moderno: la *solutio* si connota come negozio astratto e solenne, che, ai fini dello scioglimento del vincolo obbligatorio, da un lato impone alle parti il rispetto di rigide formalità, ma dall'altro non impone alcuna conformità alla prestazione obbligatoria originaria; il secondo, al contrario, è slegato da specifiche solennità, ma richiedente una perfetta conformità tra la prestazione posta in essere al debitore e quella dovuta in base all'obbligazione contratta.

1.2. La legittimazione passiva a ricevere il pagamento e i possibili destinatari dell'adempimento: creditore vero, creditore apparente, *adiectus solutionis causa*.

Chiarita la nozione di adempimento e i suoi rapporti con il pagamento, l'ulteriore aspetto da valutare è l'individuazione del soggetto nei confronti del quale tale atto deve rivolgersi, ossia il cosiddetto 'destinatario del pagamento'¹⁰ o, detto altrimenti, il 'legittimato passivo del pagamento'.

La legittimazione a ricevere il pagamento¹¹ è il potere di ottenere la prestazione con effetto estintivo del debito e spetta, in base al nostro codice civile, oltre che al creditore, anche agli altri soggetti indicati dal primo comma dell'art. 1188. Con maggiore precisione, può dirsi che la legittimazione all'*acceptio* – intesa come ricezione della prestazione – si configura *ex lege* in

¹⁰ In merito alla disciplina del destinatario del pagamento, ossia del soggetto legittimato a ricevere la prestazione, occorre fare riferimento dall'art. 1188, comma 1, c.c., il quale prevede che l'adempimento possa essere effettuato nei confronti del creditore, della persona da lui indicata (cosiddetto *adiectus solutionis causa*), ovvero alla persona autorizzata dalla legge o dall'autorità giudiziaria a riceverlo.

¹¹ I requisiti dell'adempimento si distinguono in requisiti soggettivi e requisiti oggettivi. I requisiti soggettivi riguardano la legittimazione a ricevere del creditore e la legittimazione ad adempiere di colui che esegue la prestazione. I requisiti oggettivi riguardano, invece, la conformità oggettiva della prestazione eseguita alle varie determinazioni previste nel titolo e nella legge.

capo al creditore, che è il soggetto fisiologicamente destinatario della stessa¹²; nonché in capo agli eventuali altri soggetti autorizzati dalla legge – o eventualmente anche a seguito di una specifica pronuncia giudiziale – a ricevere l'adempimento¹³. Inoltre, detta legittimazione può essere ulteriormente estesa a discrezione del creditore, il quale può volontariamente decidere di conferirla o ad un altro soggetto, che egli 'indichi' al debitore come persona autorizzata a ricevere il pagamento, o, in alternativa, al proprio rappresentante.

Il soggetto «indicato al debitore per il pagamento», tradizionalmente qualificato con la formula sintetica 'indicatario di pagamento', è una figura oggi espressamente contemplata dal codice: questa ha però origini remote, essendo già presente nel diritto romano, che la indicava con la formula '*adiectus solutionis causa*'. Volendo cercare di sciogliere quest'ultima espressione, si potrebbe utilizzare la traduzione 'aggiunto per il pagamento'; o, forse, più correttamente 'aggiunto per l'adempimento', tenuto conto che la *solutio* in diritto romano – come *supra* accennato – individuava in senso lato l'adempimento dell'obbligazione, racchiudendo in sé dunque tutti quei comportamenti comprensivi, seppur non esclusivamente coincidenti, con il pagamento, volti ad estinguere la prestazione cui il soggetto si era obbligato¹⁴.

Da queste semplici osservazioni emerge con sufficiente chiarezza che le due qualifiche appena ricordate – indicatario e *adiectus solutionis causa* –

¹² Abbiamo utilizzato il termine «fisiologicamente», in quanto il creditore è il soggetto che di regola riceve l'adempimento della prestazione: per la natura del rapporto obbligatorio che lega due soggetti, appunto debitore e creditore, normalmente il debitore si libera dal vincolo eseguendo la prestazione in favore del creditore, nei confronti dei quali quell'obbligo è stato assunto. Tale priorità accordata al creditore, individuato come soggetto naturalmente chiamato a ricevere l'adempimento, è del tutto logica e, peraltro, emerge anche al dato normativo, che infatti, nell'elencare i potenziali destinatari del pagamento, invoca in primo luogo il creditore.

¹³ Il codice, allorquando all'art. 1188 c.c. fa riferimento alle «persone autorizzate dalla legge o dal giudice a ricevere il pagamento», rinvia ai cosiddetti legittimati legali e ai cosiddetti legittimati giudiziali. Nella prima categoria, rientrano, ad esempio, i rappresentanti legali dei minori e degli interdetti, i titolari di uffici espropriativi, gestori o liquidatori quali, come accade nella legittimazione ad adempiere, il curatore fallimentare, il curatore dell'eredità e l'esecutore testamentario. La seconda categoria comprende, invece, ad esempio l'ufficiale giudiziario che procede al pignoramento, il soggetto presso il quale il giudice può ordinare il deposito della prestazione in caso di controversia e, inoltre, il sequestratario.

¹⁴ Sulla figura dell'*adiectus solutionis causa* nel diritto romano si rinvia alle osservazioni contenute *infra*, par. 4.

hanno il medesimo significato e sono idonee ad individuare lo stesso soggetto: esse sono equivalenti e, perciò, fra loro perfettamente fungibili¹⁵.

L'indicatario-*adiectus*, ossia il soggetto nelle cui mani il debitore, in base ad un'apposita autorizzazione del creditore, può adempiere con effetto estintivo l'obbligazione, deve essere tenuto distinto dall'ulteriore possibile 'sostituto' del creditore, – che sarà oggetto di trattazione nel prossimo capitolo – ossia il rappresentante. Le due figure, apparentemente omogenee ed assimilabili, sono in realtà differenti, in quanto diversi sono i poteri sussistenti in capo alla persona legittimata all'*acceptio*. Infatti, nel primo caso, il soggetto indicato per il pagamento – ossia il cosiddetto *adiectus solutionis causa* – è esclusivamente incaricato di ricevere l'adempimento, senza però avere alcuna possibilità di esprimere la propria volontà al riguardo; nel caso del rappresentante, invece, il potere di ricevere e di accettare il pagamento rientra nei generali poteri di rappresentanza conferiti al terzo dal creditore mediante un atto di procura o un contratto di mandato. Dunque, se il rappresentante è ha il potere di ricevere la prestazione in nome e per conto del creditore, in forza di espressa procura a ciò legittimante, diversamente la persona 'indicata' dal creditore, ossia appunto il cosiddetto 'indicatario'¹⁶ o *adiectus solutionis causa*¹⁷, ottiene dal creditore solo ed esclusivamente il potere di ricevere la

¹⁵ È dunque appena il caso di avvisare che d'ora in avanti, anche ai nostri fini, i termini «indicatario» e «*adiectus*» saranno utilizzati in modo promiscuo.

¹⁶ Volendo fornire qualche riferimento concreto che meglio chiarisca la definizione di *adiectus solutionis causa*, può osservarsi come la giurisprudenza abbia già in passato individuato alcune figure di indicatario, come ad esempio nel caso di libretto nominativo pagabile al portatore (cfr. Cass. Civ., sez. I, 2 febbraio 1989 n. 651 in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, p. 295, con nota di RUPERTO e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1336 e in *Fall.*, 1989, p. 603). Un ulteriore esempio, maggiormente recente, è stato offerto in tema di leasing finanziario, essendo stato qualificato come «*adiectus solutionis causa*» l'utilizzatore rispetto al contratto di vendita collegato funzionalmente al contratto di leasing: «la consegna del bene all'utilizzatore costituisce invece per un verso adempimento dell'obbligazione di consegna del fornitore, e per altro verso esecuzione da parte di quest'ultimo di un incarico conferitogli dal concedente nell'interesse dell'utilizzatore, creditore del concedente in base al contratto di leasing e quindi da considerarsi *adiectus solutionis causa* rispetto al contratto di vendita» (Cass. Civ., sez. I, 20 luglio 2007, n. 16158 in *Fall.*, 2008, p. 298 e in *Fall.*, 2007, fasc. 12, p. 1481).

¹⁷ Per la definizione di «*adiectus solutionis causa*», citiamo la voce contenuta nel *Dizionario giuridico diretto da Piero Pajardi, s.v. Adiectus solutionis causa*, pp. 17-18: «soggetto diverso dal creditore, cui il debitore legittimamente presta il contenuto dell'obbligazione, quale addetto materiale all'esazione (ed indicato al pagamento). La figura, di origine romanistica, individua ogni soggetto che sia designato, anche in un momento successivo a quello in cui è sorta l'obbligazione, a ricevere il pagamento. La designazione è revocabile e, d'altra parte, non priva della legittimazione a ricevere la prestazione il creditore.». Come accennato, la terminologia *adiectus solutionis causa*, nonostante abbia le sue origini, come detto, nel diritto romano, non è stata abbandonata dal diritto moderno: tale termine è ampiamente diffuso sia in dottrina che in

prestazione, senza avere però la possibilità di esercitare alcun potere rappresentativo.

Un'ulteriore differenza fra le due ipotesi è data, poi, dai rapporti con il debitore. Infatti, il creditore nel caso in cui decida di nominare un rappresentante, si limita a conferirgli la procura a ricevere il pagamento, senza coinvolgere il debitore: in questo caso il creditore non ha rapporti con il debitore, in quanto la procura non è atto recettizio. Diversamente, laddove scelga di 'indicare' un soggetto per il pagamento, il creditore è tenuto a comunicare la propria decisione al debitore, indicandogli il nome dell'*adiectus*. ciò in quanto quest'ultimo, a differenza del rappresentante, agisce in nome proprio e perciò è necessario che sia chiaramente individuato, non essendovi alcun atto di conferimento di poteri da cui il debitore possa altrimenti desumere i rapporti tra questi e il proprio creditore. Peraltro, il fatto che il creditore abbia il preciso onere di rendere noto al debitore il nome dell'indicatario, ci consente di dedurre che tra di loro sorge un rapporto trilatero¹⁸, ossia coinvolgente tutti e tre i soggetti interessati: il creditore, il debitore e l'indicatario. Ciò evidenzia un'ulteriore differenza rispetto all'ipotesi della rappresentanza, che ha invece una chiara struttura bilaterale, poiché lega esclusivamente il soggetto rappresentante al soggetto rappresentato¹⁹.

Se questi sono, dunque, i soggetti che il legislatore individua come possibili destinatari del pagamento, l'ulteriore questione da porsi è quella relativa alla sorte di un eventuale pagamento effettuato nei confronti di un soggetto che non rientri tra quelli appena espressamente contemplati dal codice. In particolare, occorre domandarsi se un simile pagamento sia valido ed

giurisprudenza, come è agevole riscontrare dalla lettura della manualistica in argomento, nonché delle sentenze che, anche di recente, hanno preso in considerazione più o meno direttamente tale figura.

¹⁸ In dottrina è stato rilevato come la struttura trilaterale del rapporto che sorge tra tali soggetti evoca quella della delegazione cumulativa attiva. Tuttavia, tra le due figure le differenze sono evidenti: da un lato l'indicatario riceve per conto del creditore, dall'altro il creditore delegato ritiene e riceve per sé quanto versato dal debitore; inoltre, si ritiene che la delegazione, oltre ad essere rapporto trilaterale, dia luogo ad un contratto plurilaterale; al contrario, nel caso dell'indicatario siamo di fronte a più contratti collegati. Infine, mentre in un caso il debitore è autorizzato ad adempiere nelle mani di un terzo (l'indicatario), nell'altro caso (delegazione) vi è obbligato.

¹⁹ Quanto affermato vale naturalmente sia nei casi in cui il potere rappresentativo derivi da contratto – come avviene nel mandato, in cui le due parti, rappresentante e rappresentato, assumono la qualifica tecnica di mandante e mandatario – sia nel caso in cui tale rapporto sia stato conferito unilateralmente mediante procura.

efficace, con conseguente efficacia liberatoria del debitore, o se, viceversa, non possa considerarsi tale, e sia piuttosto inidoneo a sciogliere il vincolo obbligatorio. Tale interrogativo trova pronta risposta nel codice, il quale tendenzialmente opta per una soluzione negativa: se la prestazione viene eseguita nei confronti di una persona diversa da quella sopra indicata, non vi sarà l'estinzione dell'obbligazione per adempimento della stessa e, perciò, al debitore potrà essere richiesto un nuovo adempimento. In linea generale, dunque, il codice (art. 1188 comma 2 c.c.²⁰) prevede che il pagamento effettuato nelle mani di chi non è legittimato a riceverlo non libera il debitore, che può essere, perciò, costretto a pagare una seconda volta. Tuttavia, in due particolari ipotesi, espressamente regolato dalla legge, anche il pagamento a soggetti non legittimati determina l'estinzione dell'obbligazione.

La prima di esse è disciplinata dal secondo comma dell'art. 1188 c.c.²¹ e corrisponde al caso in cui il creditore abbia ratificato il pagamento o ne abbia approfittato, nonché nel caso in cui la prestazione sia comunque pervenuta nel suo patrimonio, determinando un arricchimento del creditore. Ma l'ipotesi che a noi più interessa è la seconda, ossia il caso in cui il debitore ha eseguito la prestazione nei confronti di un soggetto qualificabile come creditore apparente ai sensi dell'art. 1189 c.c.²². L'efficace estinzione dell'obbligazione²³, dunque,

²⁰ Art. 1188 c. 1 c.c.: «Il pagamento deve essere fatto al creditore o al suo rappresentante, ovvero alla persona indicata dal creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo.»

²¹ Art. 1188 c. 2 c.c.: «Il pagamento fatto a chi non era legittimato a riceverlo libera il debitore, se il creditore lo ratifica o se ne ha approfittato.»

²² Art. 1189 c. 1 c.c.: «Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede». Possiamo fin da ora segnalare come questa norma sia stata interpretata dalla giurisprudenza come riferibile non semplicemente al creditore apparente *stricto sensu* inteso, ma più in generale anche al pagamento effettuato tutti coloro che appaiono autorizzati a ricevere la prestazione, fra i quali assume particolare rilievo la figura del rappresentante apparente (cosiddetto *falsus procurator*), sul quale avremo modo di soffermarci *infra*: cfr. cap. 4.

²³ Ai fini dell'efficacia del pagamento occorre, inoltre, la capacità del destinatario: ai sensi dell'art. 1190 c.c. (*Pagamento al creditore incapace*: «Il pagamento fatto al creditore incapace di riceverlo non libera il debitore, se questi non prova che ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace.»), infatti, il pagamento effettuato in favore del creditore incapace non libera il debitore, a meno che questi non dimostri che quanto pagato è stato rivolto al vantaggio patrimoniale del ricevente. Pertanto, il pagamento fatto all'incapace giova al debitore solo ed entro i limiti in cui questi riesca a provare che l'incapace accipiente ha beneficiato del pagamento. A riguardo si precisa che, poiché l'art. 1190 c.c. utilizza genericamente il termine «incapacità», senza ulteriori aggettivazioni, in dottrina si è posta la questione della sua applicabilità anche all'incapacità naturale o, viceversa, soltanto all'incapacità legale. Fuori da tale ipotesi, il debitore che contragga obbligazione con un incapace deve adempiere al rappresentante di quest'ultimo (art. 1387 c.c.). Dubbi esegetici ha posto anche l'interpretazione

può derivare non solo dal pagamento al creditore vero, ma anche dal pagamento fatto, in buona fede, a colui che in base a 'criteri obiettivi' o – per utilizzare l'espressione scelta dal legislatore – 'in base a circostanze univoche', appariva legittimato a riceverlo.

1.3. La disciplina del pagamento al creditore apparente nel nostro codice civile: l'art. 1189.

Nell'ambito del breve quadro appena tracciato in merito al regime dell'adempimento descritto dal nostro codice, ai nostri fini interessa particolarmente approfondire l'art. 1189 da ultimo citato, dal momento che lo stesso costituisce evidente applicazione del principio dell'*apparentia iuris*: in particolare, si tratta di un'ipotesi di apparenza pura od oggettiva²⁴, che – come chiarito nel capitolo iniziale²⁵ – si verifica quando ad uno stato di fatto si riconosce la capacità di produrre i medesimi effetti giuridici di uno stato di diritto di cui, tuttavia, non ricorrono gli estremi. La *ratio* di tale estensione, come anticipato, risiede nella necessità di tutelare, da un lato, il valore fondamentale della certezza del diritto al fine di garantire la stabilità delle relazioni giuridiche e agevolare, così, la circolazione dei beni che da una situazione di incertezza potrebbe risultare compromessa; e, dall'altro, il suo corollario rappresentato dalla buona fede e dal legittimo affidamento dei terzi, in capo ai quali, a causa della situazione di oggettiva apparenza, potrebbe formarsi il ragionevole convincimento che allo stato di fatto corrisponda anche

della nozione di «vantaggio» contenuta nell'art. 1190 c.c.: in particolare, secondo alcuni andrebbe inteso in senso economico, come arricchimento patrimoniale, richiedendosi che il pagamento confluisca nel patrimonio dell'incapace incrementandolo; secondo una diversa ricostruzione, invece, vantaggio non dovrebbe in senso economico, quale mero incremento patrimoniale, bensì in senso tecnico, come possibile e ragionevole utilizzazione da parte dell'incapace di quanto ricevuto.

²⁴ La configurabilità del pagamento al creditore apparente quale ipotesi di «apparenza pura» non è sempre stata pacifica in dottrina. In passato infatti, si era sostenuto che, ai fini dell'integrazione del requisito della buona fede, fosse necessario che l'errore del debitore fosse stato cagionato dal comportamento del creditore, che avesse colposamente contribuito a determinare la situazione di apparenza. Rispetto a questa ricostruzione del fenomeno in termini di «apparenza colposa», è però prevalsa la lettura in termini di «apparenza pura», che valuta la buona fede semplicemente sulla base del comportamento del debitore, senza considerare quello del creditore. A riguardo, ci limitiamo a citare: N. IMARISIO, *op. cit.*, pp. 17 ss.; A. FALZEA, *op. cit.*, pp. 698 ss.; BESSONE – DI PAOLO, *op. cit.*, pp. 3 ss.

²⁵ Cfr. cap. 1, par. 2.1.

una realtà di diritto. In quest'ottica, si è dunque scelto di riconoscere valore giuridico ad una situazione di apparenza e di 'salvare', a certe condizioni, un adempimento che, a stretto rigore, non dovrebbe considerarsi legittimo.

Come nelle altre ipotesi di apparenza, anche nel caso del pagamento al creditore apparente il legislatore condiziona la produzione dell'effetto liberatorio per il debitore al ricorrere di due presupposti, uno oggettivo e l'altro soggettivo. Trattasi peraltro di requisiti cumulativi e non alternativi: ai fini della produzione dell'effetto giuridico proprio della situazione 'apparente', infatti, non è sufficiente la sussistenza di uno soltanto di essi, ma è richiesta la compresenza di entrambi.

In primis, sul piano oggettivo, l'ordinamento esige uno stato di 'obiettiva' apparenza, ossia la presenza di circostanze univoche che inducano il *solvens* a credere che il pagamento sia rivolto ad un soggetto munito della legittimazione a ricevere. Il presupposto oggettivo dell'apparenza è, dunque, rappresentato dalla unività delle circostanze, le quali non devono suscitare nel debitore dubbi o incertezze di sorta: esse devono essere tali da ingenerare il ragionevole convincimento di adempiere all'effettivo destinatario del pagamento²⁶.

Sul piano soggettivo, poi, il nostro codice richiede la buona fede del debitore. Peraltro, a differenza di quanto normalmente previsto dal nostro ordinamento, l'onere della prova in ordine alla sussistenza di tale *status* ricade sul debitore: quest'ultimo, per conseguire l'effetto liberatorio, dovrà dimostrare la propria buona fede, la quale dunque – in deroga alla regola dettata in via generale dell'art. 1147 c.c.²⁷ – non si presume²⁸, ma deve essere provata

²⁶ La situazione di 'obiettiva' apparenza dovrà, naturalmente, essere accertata in concreto da parte del giudice, il quale, in base alle circostanze del caso concreto, dovrà verificare l'assenza di un eventuale concorso colposo del debitore.

²⁷ L'art. 1147 c.c., rubricato «possessione di buona fede», così recita: «È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto.» L'art. 1147 c.c. è norma dettata con riferimento al possesso, ma di portata indubbiamente più ampia, anzi generale, in quanto contiene la descrizione del concetto di buona fede soggettiva, tradizionalmente individuata appunto nella ignoranza di ledere l'altrui diritto. Tale accezione soggettiva di buona fede non deve essere confusa con quella, invece, oggettiva, da intendersi come «correttezza», ricavabile dall'art. 1175 c.c. e presente in ulteriori disposizioni che ne impongono l'osservanza con riferimento alle diverse fasi della vita contrattuale (formazione interpretazione ed esecuzione: rispettivamente, artt. 1337, 1366 e 1375 c.c.).

dall'interessato, indicando gli specifici elementi di fatto da cui abbia ricavato il convincimento che la situazione di apparenza corrispondesse a realtà. Tale buona fede, poi, in concreto si tradurrà nella incolpevole ignoranza da parte del debitore in ordine alla legittimazione a ricevere l'adempimento del soggetto *accipiens*. In altre parole, il debitore deve aver pagato al soggetto sbagliato 'per errore': con l'ulteriore precisazione che, per poter considerare l'*ignorantia debitoris* come 'incolpevole', dovrà trattarsi di errore scusabile²⁹, ossia giustificabile in base al diligente apprezzamento dell'*homo medio*, tale che chiunque altro avrebbe, in base alla comune esperienza, potuto incorrervi³⁰. Al contrario, il debitore non sarà liberato in presenza di una colpa grave del debitore, che, usando la dovuta diligenza, si sarebbe accorto della divergenza tra apparenza e realtà³¹.

Verificandosi tali presupposti, l'ordinamento riconosce valore giuridico alla situazione di apparenza e, quindi, il pagamento effettuato nelle mani del creditore fittizio viene considerato equipollente a quello rivolto al legittimo destinatario. tale soluzione consente di tutelare le ragioni del debitore, che rischierebbero di essere pregiudicate da circostanze a lui trascendenti e non imputabili³².

La disciplina codicistica, peraltro, non dimentica di considerare la posizione del reale creditore, pregiudicato dall'erroneo pagamento, al quale è

²⁸ Una deroga alla deroga è però prevista dall'art. 1264 c.c., che, in caso di cessione del credito, prevede la liberazione del debitore che abbia eseguito il pagamento nelle mani del cedente, qualora il cessionario non abbia provveduto a notificargli la cessione del credito: in questo caso la buona fede del debitore viene presunta, rimettendo al cessionario l'eventuale contro prova in ordine alla conoscenza dell'avvenuta cessione da parte del debitore.

²⁹ Sul requisito della scusabilità dell'errore ai fini dell'integrazione della fattispecie di apparenza si rimanda alle osservazioni già esposte nel primo capitolo (cap. 1, par. 4.1).

³⁰ Questo è quanto viene costantemente ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha più volte precisato che il giudice, nel valutare il contegno del debitore deve prendere come parametro di riferimento il cosiddetto «uomo medio», che nel gergo legislativo è rappresentato attraverso l'espressione «buon padre di famiglia» (cfr. art. 1176 c.c., comma 1) e, in base ad esso accertare che il debitore abbia adempiuto la propria obbligazione usando l'ordinaria diligenza esigibile in base alle circostanze del caso concreto.

³¹ In questo caso spesso dottrina e giurisprudenza parlano di 'buona fede temeraria'.

³² Un evidente pregiudizio per il debitore emerge già dal fatto che, laddove fosse disconosciuta efficacia liberatoria al pagamento al creditore apparente ex art. 1189 c.c., il creditore potrebbe procedere – nel caso in cui il debitore non esegua la prestazione entro il termine stabilito per l'adempimento – alla messa in mora ex art. 1219 c.c. (sul punto cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*).

consentito di agire ex art. 2033 c.c.³³ contro il creditore apparente per ottenere la restituzione di quanto illegittimamente ricevuto, in base ai principi che regolano la ripetizione dell'indebito.

2. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto romano.

Volendo seguire l'impostazione che abbiamo assunto a modello del nostro lavoro nei precedenti capitoli, dopo aver messo in luce i tratti distintivi dell'istituto nel panorama giuridico italiano attuale, si cercherà nelle pagine che seguono di individuare, se possibile, un antecedente storico nel diritto romano³⁴ della figura del creditore apparente, ponendolo ancora una volta a confronto e distinguendolo dalla diversa figura dell'*adiectus solutionis causa*.

Occorre subito precisare che, per quanto concerne il creditore apparente, l'entusiasmo legato al proposito di individuare un parallelo fra vecchio e nuovo, fra diritto moderno e diritto antico, deve essere contenuto, dal momento che in questo caso i punti di frattura appaiono superiori rispetto ai margini di continuità. Infatti, le fonti romane non sembrano contemplare, quantomeno esplicitamente, la figura del creditore apparente. Mentre per la rappresentanza – come avremo modo di illustrare – sono numerosi i brani in cui compare la dizione *falsus procurator*, come contrapposto al *verus procurator*, al contrario i giuristi romani non si preoccupano – salvo un unico isolato caso che subito vedremo – di inquadrare o di tratteggiare il profilo di un analogo *falsus*

³³ Il richiamo all'art. 2033 c.c. si spiega in ragione del fatto che al suo interno, pur essendo la norma rubricata «indebito oggettivo», è tuttavia pacificamente ricompresa anche l'ipotesi dell'indebito soggettivo *ex latere creditoris*, attribuendo a chi abbia eseguito un pagamento non dovuto il «diritto di ripetere ciò che ha pagato», con l'aggiunta dei frutti e degli interessi che decorrono alternativamente dal giorno della domanda o da quello del pagamento, in base allo stato soggettivo del ricevente, a seconda che questi fosse in buona o in mala fede.

³⁴ Per l'analisi manualistica del pagamento al creditore apparente e, più in generale, dell'adempimento, del pagamento e della *solutio*, si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 391 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 339; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 575 ss., 593 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 801 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 541 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., pp. 432 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 655; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 366 ss.; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., pp. 395 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 634 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 601 ss.

creditor. Questo spiega la pressoché totale assenza di studi in materia; e spiega, altresì, perché la dottrina che oggi si occupa della figura dell'apparenza giuridica e delle sue diverse articolazioni, nel momento in cui vuole individuare le origini storiche dell'istituto, mentre trova agganci romanistici per le figure del rappresentante apparente e, pur con i limiti già evidenziati, anche dell'erede apparente, esclude pressoché unanimemente la presenza nel diritto romano di un istituto analogo al creditore apparente. Anche studi molto recenti sul tema dell'apparenza giuridica hanno, infatti, ribadito che la figura del creditore apparente, differentemente dalle altre ipotesi di *apparentia iuris*, era sconosciuta al diritto romano, avendo origine ben più recente, in particolare collocata nel diciassettesimo secolo, con successiva recezione da parte delle codificazioni ottocentesche³⁵. Secondo questi autori, che negano in radice la possibilità di individuare un antecedente romanistico dell'apparenza in tema di adempimento delle obbligazioni, rilevano come per il diritto romano la liberazione del debitore che avesse adempiuto nelle mani di un soggetto diverso dal creditore, poteva realizzarsi soltanto se quest'ultimo avesse comunque ricevuto l'oggetto della prestazione. Quindi il pagamento al creditore apparente, in quest'ottica, appare più come un passaggio intermedio, per lo più frutto di un errore nell'individuazione del reale destinatario della prestazione, che però deve essere seguito da un successivo atto di trasferimento dell'oggetto della prestazione al legittimo destinatario della stessa, pena la mancata liberazione del debitore dall'obbligo di eseguire il pagamento al legittimo titolare del diritto di credito.

Se, quindi, il tentativo di rinvenire un antecedente romanistico del creditore apparente pare destinato a rimanere pressoché disatteso, ben diversa si prospetta la situazione per l'altra figura che può venire in rilievo in tema di adempimento dell'obbligazione creditoria, ossia il cosiddetto *adiectus solutionis causa*, che, come rilevato, non è un creditore 'falso' o 'apparente', ma semplicemente un soggetto legittimato dal vero titolare a ricevere la

³⁵ P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, p. 327: «La teoria del creditore apparente ha origini più recenti; essa era sconosciuta al diritto romano, in base al quale il debitore che pagava a persone diverse era liberato solo se la prestazione perveniva ugualmente al creditore. La teoria si affermò nel corso del diciassettesimo secolo, venne successivamente recepita da Pothier, dal C. Nap. (art. 1340), dal codice italiano (art. 1242), ed infine dal codice civile italiano del 1942 (art. 1189).».

prestazione in sua vece. Questa seconda figura era, infatti, tutt'altro che sconosciuta al diritto romano, il quale anzi, come vedremo, contemplava e riconosceva la possibilità per le parti del rapporto obbligatorio di accordarsi, anche *ab initio*, affinché la prestazione fosse eseguita nelle mani di un soggetto diverso dal creditore, da questi appositamente individuato come *accipiens*; o, ancora, potessero convenire che l'obbligazione fosse adempiuta indifferentemente a favore del creditore o di un soggetto diverso, anche in questo caso volta individuato dal legittimo titolare del credito, con effetto parimenti liberatorio in entrambi i casi.

Non vi è, dunque, da meravigliarsi se, a differenza di quanto appena rilevato per il *falsus creditor* in merito alla pressoché totale assenza i riferimenti dottrinali, non mancano invece studi in tema di *adiectus solutionis causa*³⁶.

³⁶ Tali contributi sul tema dell'*adiectus solutionis causa* talvolta sono inseriti in studi dedicati alla figura odierna, nell'ambito della quale intendono offrire semplicemente un riferimento alle origini storiche dell'istituto; altre volte, invece, sono finalizzati direttamente all'analisi dell'istituto nella sua antica e originaria accezione. Sull'argomento, si vedano, in particolare, oltre alla voce di F. DE MARTINO, *s.v. Adiectus solutionis causa*, in *Noviss. Dig. It.*, 1, Torino: UTET, 1957, p. 285, gli studi di H. ANKUM, *Quelques problèmes sur le solutionis causa adiectus en droit romain classique*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 1, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 139-161; S. CUGIA, *L'adiectus solutionis causa: diritto romano classico giustiniano-comune*, Napoli: L. Alvano, 1919; F. L. ROSA, *L'adiectus solutionis causa e il constitutum debiti*, in *Index*, 36 (2008), pp. 277-284. Per ulteriori riferimenti alla figura dell'*adiectus solutionis causa* e dell'*adpromissor* si vedano, inoltre, i seguenti studi di respiro più generale, dedicati al tema del pagamento, dell'adempimento e della delegazione: J. ALONSO, *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial. Primera parte*, Santiago de Compostela, 2001; J. ALONSO, *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial. Segunda parte*, Santiago de Compostela, 2002; F. BONIFACIO, *s.v. Delegazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 5, Torino: UTET, 1960, pp. 325-327; G. BRANCA, *s.v. Adempimento (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 548-554; W. ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht*, Marburg: Elwert, 1959; F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachuebergabe im römischen Recht*, in *BIDR*, 59-60 (1956), pp. 1-45; G. E. LONGO, *s.v. Pagamento (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 12, Torino: UTET, 1965, pp. 316-321; M. L. MIRA, *Sobre delegación y novación*, in *Labeo*, 46 (2000), pp. 189-220; F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Milano: Cisalpino, 1994; F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2009; P. RUTSAERT, *Étude sur la délégation in droit privé roman*, Bruxelles-Paris: E. Bruylant Recueil Sirey, 1929; G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1971; M. SARGENTI, *s.v. Pagamento (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 31, Milano: Giuffrè, 1981, pp. 532-540; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli: Jovene, 1935; M. TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, Torino: Giappichelli, 1969.

3. Il creditore apparente nelle fonti giuridiche romane: un caso isolato di *falsus creditor*.

3.1. La definizione di *falsus creditor* in D. 47.2.43.pr.: una preziosa parentesi.

Ciò rilevato in generale circa la ritenuta impossibilità di rinvenire di un antecedente storico del moderno creditore apparente nel diritto romano, occorre però domandarsi se sia davvero il caso di arrendersi di fronte al dato della pressoché totale assenza di tale figura nelle fonti romane per concludere in favore della totale irrilevanza giuridica dell'istituto, o se questo, pur con le dovute precauzioni, possa trovare cittadinanza anche nell'alveo del pensiero giuridico di Roma antica. Per fare ciò e proporre un ripensamento o un nuovo studio della figura del creditore apparente nelle fonti romane occorre naturalmente, come sempre, partire proprio da queste ultime: dovremo, quindi, valutare se sulla base delle parole dei giuristi romani sia possibile ipotizzare la sussistenza di fattispecie rispetto alle quali potesse venire in rilievo, direttamente o indirettamente, una figura simile o analoga a quella del nostro creditore apparente, eventualmente anche per finalità e con effetti diversi da quelli per cui l'istituto è contemplato nel nostro ordinamento.

Come anticipato, se nelle fonti romane sono numerosi i passi che prendono in considerazione ed esaminano fattispecie relative al *falsus procurator*, al contrario gli stessi sembrano disinteressarsi alla figura del *falsus creditor*. Proprio in virtù di tale esiguità – o forse sarebbe più corretto dire pressoché totale assenza – di dati, è opportuno partire proprio dall'unico brano che, in controtendenza rispetto a quanto appena affermato, menziona espressamente la figura del *falsus creditor*. Occorre subito avvisare che si tratta, per la verità, di un brano che introduce un discorso che poi si concentrerà ed avrà ad oggetto la diversa figura del falso rappresentante e che, dunque, inevitabilmente tornerà nel nostro discorso anche in futuro, allorquando ci occuperemo nel dettaglio di quest'ultima figura. Il passo in questione è, infatti, il *principium* del frammento 43 del secondo titolo del libro

47 del Digesto, i cui brani successivi saranno presi in considerazione successivamente³⁷, quando affronteremo la parte relativa al *falsus procurator*.

Tale testimonianza, per quanto breve e isolata, non trovando infatti seguito e ulteriore specificazione nei brani seguenti, rappresenta per noi un imprescindibile punto di partenza: anzi, quest'apparente debolezza costituisce il suo elemento di forza, poiché l'estrema scarsità di fonti sul tema non fa altro che accrescere il suo valore, rendendo questa solitaria testimonianza per noi ancora più preziosa.

D. 47.2.43.pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*)

Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient.

Il brano in questione è inserito nel secondo titolo del libro 47, titolo contenente una selezione di brani aventi ad oggetto il delitto di furto – come agevolmente desumibile dalla sua rubrica: «*De Furtis*» – e, infatti, prende in considerazione la figura del *falsus creditor* – nonché, nel paragrafo successivo (D. 47.2.43.1), quella del *falsus procurator* – proprio in relazione a tale illecito. Non a caso il brano in questione, assieme a quelli che lo seguono, sono stati particolarmente analizzati e approfonditi da parte degli autori che si sono dedicati allo studio di tale *delictum*³⁸. Addirittura, a parere della dottrina

³⁷ Per la trattazione relativa al *falsus procurator* si rinvia al contenuto del cap. 5.

³⁸ Nell'ambito dei numerosi studi di dottrina dedicati al *furtum* si ricordano, partendo dai più recenti e senza pretesa di completezza: M. PENNITZ, *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres ...* (Gellius 6,15,1). *Überlegungen zum furtum usus**, in ZRG, 134/1 (2017), pp. 147-187; L. PARENTI, *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di furtum usus: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76)pr.*, in TSDP, 7 (2014); F. BATTAGLIA, *Furtum est contractatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Padova: CEDAM, 2012; M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi sviluppi vicende*, Napoli: Jovene, 2008, con recensione di A. BURDESE, *Rec.*, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi sviluppi vicende* (M. A. Fenocchio), in SDHI, 78 (2012), 753-757; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum: qui sciens indebitum accipit*, Milano: Giuffrè, 2006; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2005; R. LA ROSA, *La repressione del «furtum» in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Reggio Calabria: ESI, 1990; con recensione di L. PEPPE, *Rec. La repressione del «furtum» in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere* (R. La Rosa), in Iura, 41 (1990), pp. 173-179; J. GAUDEMET, *À propos du «furtum» à l'époque classique*, in Labeo, 7 (1961), pp. 7-19 (= *Études de droit romain, 1: Sources et théorie générale du droit*, Napoli: Jovene, 1979, pp. 113-127); nonché il contributo, specificamente riferito al *furtum* di cose ereditarie, di J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, in TvR, 36/4 (1968), pp. 489-508. Con riferimento specifico alla rapina, invece, si veda lo studio di M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova: CEDAM, 1969, con recensione di P. CORNIOLEY, *Rec. Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* (M.

l'importanza di tale brano è tale, da essere considerato alla stregua di «un cardine fondamentale dello studio del furto del falso procuratore»³⁹, nonché, potremmo aggiungere, del *falsus creditor*, col quale viene infatti messo puntualmente a confronto⁴⁰.

La volontà di instaurare un paragone tra le due figure, pur non esplicitata da Ulpiano, emerge tuttavia in maniera chiara dalla costruzione dei primi due brani del titolo 47.2, il *principium* e il paragrafo 1, riferiti rispettivamente, il primo, al *falsus creditor* e, il secondo, al *falsus procurator*. Essi presentano, infatti, una struttura simmetrica e speculare, che coniuga all'aspetto giuridico anche quello definitorio: in particolare, in entrambi i brani il giurista, oltre a descrivere una specifica fattispecie di furto, si premura anche di fornire la definizione del soggetto attivo del delitto in questione, occupandosi del *falsus procurator* nel paragrafo primo e del *falsus creditor* nel *principium*.

Prima di analizzare la specifica fattispecie presa in esame da Ulpiano nel *principium* – che, peraltro, in questa sede non interessa particolarmente se non nei limiti in cui essa, come già rilevato, rappresenta l'unica ipotesi a noi segnalata dai giuristi romani in cui compare un 'apparente creditore' – occorre, dunque, soffermarci sull'inciso in esso contenuto, il quale racchiude la definizione, fondamentale ai nostri fini, della figura del *falsus creditor*.

Peraltro, come premessa a tale analisi, occorre fin d'ora avvisare, salvo poi approfondire la questione nel proseguo della trattazione, che è proprio in

Balzarini), in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 276-288. Inoltre, per l'analisi manualistica del *furtum* si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 368 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 420 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 517 ss.; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., pp. 364 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 981 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 522 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., pp. 400 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 669 ss.; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 354 ss.; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., pp. 436 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., 1990, pp. 621 ss., pp. 306 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 556 ss.

³⁹ I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum* cit., p. 27. Di questo avviso anche A. MILAZZO, *Falsus procurator: ricerche sull'evoluzione del concetto di falso rappresentante*, Bari: Cacucci, 2012, p. 139, il quale ritiene che il brano ulpiano costituisca «un'interessante applicazione dei principi in materia di *falsus procurator*, oltre tutto messa a confronto con la figura del *falsus creditor* [...]».

⁴⁰ A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 139, il quale mette in rilievo la comparazione effettuata da Ulpiano tra la figura del *falsus procurator* e «la figura del *falsus creditor*, che qui trova la sua unica menzione all'interno dei *Digesta*».

ordine a tale inciso si sono concentrati i principali dubbi e discussioni degli studiosi. Infatti, se il *principium* del frammento è stato tendenzialmente riconosciuto genuino dalla dottrina⁴¹, la stessa ha tuttavia sollevato questioni proprio in ordine alla parentetica («*hoc est is, qui se simulat creditorem*»), sospettata di essere frutto di interventi interpolatori da parte dei compilatori. Tale dubbio probabilmente è stato alimentato anche dalla struttura e dalla costruzione della frase, nell'ambito della quale la definizione contenuta fra parentesi si inserisce come accessorio rispetto al contenuto principale, rappresentato dalla descrizione dell'ipotesi di *furtum* presa in esame dal giurista. Ulpiano, infatti, dopo aver introdotto il soggetto della fattispecie – appunto il nostro *falsus creditor* – che si accinge a descrivere ed analizzare, inserisce una parentesi, volta a chiarire la nozione della figura citata.

Ora, a ben vedere, la circostanza che Ulpiano abbia reputato necessario affiancare all'espressione *falsus creditor* la specificazione del suo significato potrebbe prestarsi a più di una interpretazione. In particolare, da un lato, essa potrebbe essere spia dell'opportunità di chiarire un concetto privo di una propria individualità giuridica, o quantomeno di utilizzo poco frequente nel panorama giurisprudenziale romano. Aspetto, quest'ultimo, che in effetti parrebbe confermato dall'assenza di ulteriori fonti dedicate al *falsus creditor*, che, come rilevato, trova nel brano qui in esame la sua unica menzione⁴².

Dall'altro lato, però, se così fosse, probabilmente la sua spiegazione avrebbe richiesto ben più che un semplice inciso e non avrebbe potuto esaurirsi in una definizione affidata a poche e concise parole. In presenza di un concetto nuovo e da chiarire, infatti, il giurista avrebbe verosimilmente sentito l'esigenza di diffondersi nella illustrazione del suo significato, probabilmente anche ricorrendo alla tecnica dell'esemplificazione, arricchendo magari la

⁴¹ Il *principium* del frammento D. 47.2.43 e il richiamo al *falsus creditor* hanno destato l'interesse anche degli autori che, in via prioritaria, si sono dedicati allo studio del diverso fenomeno della falsa rappresentanza. Infatti, nel momento in cui, studiando il mandato e la procura, ci si confronta con il passo di Ulpiano D. 47.2.43.1, contenente la nota definizione di *falsus procurator*, è impossibile non estendere l'analisi anche al passo immediatamente precedente, che, per diversi motivi – identità di autore, analogia di struttura sintattica e affinità di materia – si presta ad un'analisi e ad uno studio congiunto, resi in certo modo quasi imprescindibili. Conferma di ciò sono i contributi più recenti dedicati al *falsus procurator* e alla rappresentanza apparente in diritto romano, nell'ambito dei quali si rinviene sempre una parte dedicata, in maniera più o meno diffusa, al passo relativo al furto del *falsus creditor*. Per una lettura diretta dei riferimenti, si veda anche A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 138 ss.

⁴² A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 139 (cfr. *supra*).

definizione fornita mediante il riferimento ad una casistica concreta. Invece l'atteggiamento di Ulpiano, che liquida con una breve parentesi la definizione di *falsus creditor*, per poi passare immediatamente all'esame della fattispecie, pare piuttosto sintomatico di un concetto noto e pacifico, non necessitante di spiegazioni che vadano oltre un breve e sintetico richiamo della nozione base. Ciò potrebbe avvenire o perché trattasi di una figura conosciuta dai giuristi, agli occhi dei quali qualsivoglia ulteriore chiarimento sarebbe apparso ridondante. Ma una simile conclusione appare poco verosimile, poiché, se così fosse, probabilmente Ulpiano avrebbe inserito nell'inciso anche un avverbio quale «*plane*» o «*clare*», proprio per sottolineare la superfluità di ogni spiegazione aggiuntiva. Oppure, la sinteticità della definizione potrebbe essere dovuta alla scarsa rilevanza ricoperta dal concetto di *falsus creditor* per i giuristi romani, per i quali il 'falso creditore' non rappresenterebbe una figura caratterizzata da una propria individualità, idonea ad articolarsi in molteplici fattispecie e ad originare svariate questioni giuridiche, ma semplicemente un modo sintetico per indicare la persona che 'si finge' («*se simulat*») creditore. Se si accoglie quest'ultima impostazione, allora si dovrebbe trarre, come ulteriore conseguenza, che ad Ulpiano e ai giuristi del suo tempo il *falsus creditor* non sarebbe interessato tanto come istituto in sé, ma sarebbe piuttosto venuto in rilievo come uno dei potenziali soggetti attivi della condotta delittuosa in relazione alla quale lo stesso è analizzato (che, come accennato e come a breve vedremo meglio, è il *delictum furti*). Ma, del resto, tale conclusione non risulta troppo eccentrica, essendo in linea con il pensiero giuridico romano, che, attraverso lo studio e l'esposizione dei casi concreti, ha consentito il nascere della maggior parte degli istituti giuridici, i quali, in alcuni casi, sono giunti e si sono mantenuti nella loro accezione originaria – o quasi – fino al nostro tempo⁴³.

Ciò rilevato in ordine alla brevità della definizione ulpiana, possiamo adesso soffermarci più diffusamente sulla portata del suo sintetico contenuto.

⁴³ Al tema dei fondamenti romanistici del moderno diritto civile è dedicato il lavoro di R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town: Juta & Co., 1990, che non a caso prende in considerazione anche le ipotesi, qui esaminate, del *falsus creditor* e del *falsus procurator*.

Quanto alla struttura del periodo in cui si inserisce, abbiamo già rilevato come la nozione di 'falso creditore' non costituisca l'oggetto prioritario dell'affermazione, ma sia piuttosto affidata da Ulpiano ad un inciso. Il giurista, infatti, dopo aver introdotto il soggetto della frase, appunto il *falsus creditor*, specifica tra parentesi chi fosse il creditore da qualificarsi '*falsus*', chiarendo che tale è («*hoc est*») «*is, qui se simulat creditorem*».

Come è stato rilevato, la definizione ulpiana di falso creditore rinvia dunque all'idea della simulazione⁴⁴ e della finzione: è falso creditore chi si finge creditore, ossia, volendo sciogliere la definizione, colui che simula la titolarità della qualifica di soggetto attivo del rapporto obbligatorio.

Da tale definizione trapela, dunque, un'accezione negativa del falso creditore, che pare doversi trovare in uno stato di necessaria mala fede. Ulpiano, infatti, non pare lasciare spazio per un ipotetico 'falso creditore colposo', ma sembra tratteggiare un'ipotesi esclusivamente dolosa. Per meglio dire, nell'affermare che il falso creditore è chi si simula creditore, Ulpiano rappresenta il falso creditore come un soggetto che simula una qualifica che sa di non avere. Dunque, agendo nella piena consapevolezza circa la carenza del requisito richiesto, il soggetto verte in uno stato di mala fede e, pertanto, l'elemento soggettivo che connota la condotta non può che essere il dolo. Se Ulpiano avesse voluto lasciare spazio anche all'ipotesi colposa, infatti, avrebbe affiancato alla simulazione della qualifica di creditore, anche la falsa rappresentazione o l'erroneo convincimento circa il possesso della medesima. In tal caso, accanto all'ipotesi dolosa si sarebbe potuta configurare un'ipotesi di errore e di colpa. Ma così non è, perché la breve definizione ulpiana non lascia spazio a casi diversi da quella della simulazione della qualifica di creditore: dal che pare doversi ricavare che il falso creditore di cui parla la fonte è un soggetto che agisce con dolo e la cui condotta è, dunque, necessariamente connotata da mala fede.

Ora, ciò rilevato in via generale, occorre tuttavia avvisare, come anticipato, che il brano in esame, pur attualmente ritenuto genuino della

⁴⁴ Sul punto si vedano le osservazioni di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 141, il quale dopo aver ribadito che «del falso creditore [...] si fornisce una definizione in un inciso», rileva che tale inciso «rimanda all'idea del falso creditore come simulatore, salvo poi comprendere come vada inteso “*qui se simulat creditorem*”», aprendo dunque agli interrogativi in ordine alla corretta interpretazione della definizione ulpiana.

prevalente dottrina, è stato in passato contestato da alcuni autori, che avanzarono dubbi proprio in ordine alla originalità dell'inciso *de quo* e del relativo riferimento alla condotta simulatoria che connoterebbe il creditore 'apparente' (*rectius* 'falso')⁴⁵.

In relazione a tale parentetica è, dunque, possibile individuare fondamentalmente due tesi interpretative: la prima, più risalente, che sostiene che il frammento in esame sia stato oggetto di un intervento interpolazionistico, che ne avrebbe mutato il contenuto attraverso l'aggiunta di un glossema postclassico; la seconda prospettiva, accolta dalla dottrina più recente, che, rigettando la precedente impostazione, si pronuncia invece a favore della genuinità dell'inciso⁴⁶.

In particolare, le considerazioni della tesi interpolazionistica originano dalla lettura congiunta del *principium* e del frammento primo e, dunque, dal confronto tra le due figure del *falsus creditor* e del *falsus procurator*. Infatti, avendo tale dottrina escluso la genuinità del frammento relativo al *falsus procurator*, da essa discende con effetto 'a cascata' la contestazione in ordine alla originalità della definizione di *falsus creditor*⁴⁷. Secondo tale teoria, quindi, l'aggettivo '*falsus*' non avrebbe niente a che vedere con il concetto di simulazione e, tanto meno, con le condotte dolose quali l'inganno o il raggiro. Al contrario, nella dottrina prevalente si era radicata la convinzione che, attraverso la definizione di *falsus creditor* contenuta nel *principium* del frammento, Ulpiano avrebbe voluto indicare semplicemente un soggetto «non creditore». I sostenitori di tale teoria, come accennato, giungevano a tale conclusione rinviando alle analoghe conclusioni in tema di *falsus procurator*, locuzione che a loro avviso avrebbe dovuto indicare il 'non procuratore', ossia

⁴⁵ In quest'ultimo indirizzo si colloca A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., il quale sostiene la «originalità della frase chiusa tra parentesi, nel contesto della quale ciò che rileva è l'elemento della simulazione».

⁴⁶ Cfr. A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 141-142.

⁴⁷ Sul punto merita citare direttamente le parole di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 41, il quale rileva che: «il frammento nel suo *principium* è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina, e nella sostanza riconosciuto genuino, salvo proprio l'inciso in discussione (*hoc est is, qui se simulat creditorem*), il quale è stato sospettato di essere frutto di intervento interpolatorio dei compilatori: in particolare, il sospetto nasce dal confronto della figura del falso creditore con quella del falso procuratore, di modo che, inteso sostanzialmente dalla dottrina consolidata come non genuino il *falsus procurator*, di conseguenza anche il *falsus creditor* deve essere non genuino.».

colui che, essendo sfornito di mandato, non avrebbe potuto vantare la qualifica, il titolo e i poteri di rappresentante e, pertanto, non avrebbe potuto agire per conto del reale titolare del negozio, dal quale non aveva, infatti, ricevuto alcun incarico in tal senso. Secondo questa risalente ma fortunata teoria, quindi, il qualificare il creditore o il procuratore come '*falsus*' non implicherebbe un rinvio alla mala fede come atteggiamento soggettivo necessariamente connotante la condotta, ma semplicemente attesterebbe l'assenza nel soggetto del relativo titolo. Il vocabolo *falsus*, dunque, avrebbe semplicemente valore privativo e servirebbe a distinguere e a porre in contrapposizione il *creditor/procurator* '*falsus*' dal *creditor/procurator* '*verus*', inteso quale effettivo titolare della qualifica soggettiva in questione⁴⁸.

In antitesi rispetto alla tesi interpolazionistica si è posta, invece, la dottrina più recente, la quale ha negato che l'inciso sia frutto dell'aggiunta di un glossema postclassico, mirando piuttosto a riconoscere genuinità all'inciso⁴⁹. I sostenitori di questa diversa opinione fondano la propria argomentazione sul termine '*simulare*', del quale ritengono doveroso precisare la corretta accezione: in particolare, suggerendo l'opportunità di ricollegare il suo significato alla malafede. Secondo questa ricostruzione, il creditore (o il procuratore) *falsus* sarebbe, quindi, un creditore (procuratore) simulato, ossia un soggetto che finge – con necessaria mala fede – di possedere una qualifica che in realtà non ha.

Quanto, poi, alla questione relativa alla origine e alla diffusione dell'utilizzo del termine *falsus*, tale dottrina ritiene plausibile la sua riconduzione già all'epoca classica, nell'ambito della quale veniva probabilmente indicato per individuare il 'simulatore', ossia un soggetto che appunto afferma falsamente di essere titolare di una certa posizione, creditoria

⁴⁸ Di nuovo riteniamo opportuno citare A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 141, secondo cui «l'idea del glossema postclassico riflette l'idea che il *falsus creditor* debba essere un non creditore, alla stregua del *falsus procurator* che andrebbe inteso come non procuratore: l'aggettivo *falsus*, quindi con valore privativo, aggettivo dal quale esulerebbe qualunque idea di inganno o raggiro.».

⁴⁹ Sul punto si vedano, ancora, i rilievi di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 141-142, il quale ripercorre le posizioni della più recente dottrina sul punto. Come afferma l'autore, la prima intuizione nel solco della revisione della tesi interpolazionistica è dovuta a Dieter Medicus [cfr. D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme durch den «falsus procurator»*, in *Syntelesia: Vincenzo Arangio-Ruiz*, A. GUARINO – L. LABRUNA (a cura di), 1, Napoli: Jovene, 1964], il quale per primo esclude l'intervento del glossema postclassico, riconoscendo la genuinità dell'inciso.

o di rappresentanza. La stessa dottrina poi – come vedremo parlando del rappresentante apparente e del *falsus procurator* nelle fonti romane – ritiene che il medesimo attributo '*falsus*', laddove speso con riferimento al sostantivo *procurator*, fosse talora utilizzato per individuare colui che assume l'amministrazione di un affare altrui in assenza di specifico mandato o, anche in presenza di un incarico *ad hoc*, andando al di là dei limiti e dei poteri conferiti dal mandante, legittimo titolare dell'affare gerito.

Secondo le ricostruzioni avanzate da tali autori, la definizione del *falsus creditor* come 'colui che simula di essere creditore' («*is, qui se simulat creditorem*») – e, così facendo, riceve la prestazione spettante al reale *creditor*, incorrendo nella commissione del delitto di furto – sarebbe del tutto verosimile e non imporrebbe necessariamente di essere riportata ad un'età più avanzata, trovando menzione già nei passi di giuristi di età classica. A sostegno di tale tesi alcuni autori⁵⁰, in particolare, citano il seguente frammento del Digesto attribuito al giurista Scevola, che testimonierebbe e confermerebbe quanto sostenuto⁵¹.

D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*)⁵²

*Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens
acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an*

⁵⁰ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., pp. 924 ss.: «[...] for example, a false creditor [...] was regarded as a thief if he accepted payment tendered by the debtor – “*furtum fit*” in the more generalizing words of Scaevola, “*cum quis indebitos nummos sciens acceperit*”».

⁵¹ La citata ricostruzione e il riferimento al passo di Scevola sono opera di P. ANGELINI, *Il procurator*, Milano: Giuffrè, 1971, p. 214, il quale, ponendosi nel solco della teoria già avanzata da Dieter Medicus, affermò la perfetta credibilità della definizione ulpianea del *falsus creditor* come simulatore, il quale, ricevendo scientemente una prestazione non spettantegli commette il delitto di *furtum*. Sulla stessa linea di pensiero si colloca anche I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., pp. 21 ss., la quale a sua volta ritiene infondata la tesi interpolazionistica che interpreta il sintagma *falsus procurator* come una creazione dei compilatori giustiniane, ritenendo invece verosimile la sua riconducibilità all'età classica con un significato connesso alla simulazione per indicare il soggetto che simula e, dunque, finge, di possedere una qualifica di cui in realtà è privo.

⁵² Il brano in questione laddove utilizza il verbo «*condicere*» fa evidentemente riferimento alla possibilità per il *procurator* di esperire la *condictio ex causa furtiva*. Quest'ultima rappresenta, com'è noto, una delle *condictiones* create in epoca giustiniana con le quali era possibile ottenere tutela in ipotesi di arricchimento ingiustificato. In particolare, mediante tale strumento l'attore poteva chiedere la restituzione della *res* che gli fosse stata ingiustificatamente sottratta. Ora, il punto della questione è capire se tale *condictio* configuri un'azione a difesa della proprietà o, viceversa, un'azione di tipo penale, dal momento che solo in quest'ultimo caso avrebbe potuto essere esperita da qualunque derubato (compreso dunque anche, come nel caso che ci interessa, il *procurator*), spettando viceversa nella prima ipotesi solo al proprietario e, al più, ai suoi aventi causa.

ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. Sed altera condictione altera tollitur.

Il brano citato riporta un responso di Pomponio relativo alla possibilità che possa essere considerato vittima di *furtum* il procuratore che abbia adempiuto la prestazione commissionata, mediante il proprio danaro, nei confronti di un soggetto perfettamente consapevole di non essere legittimato a ricevere il pagamento. Ora, la soluzione che il giurista ritiene di fornire rispetto a tale questione – soluzione che risulta essere positiva, con l'unica precisazione relativa all'eventuale concorso e conseguente assorbimento delle due *condictiones ex causa furtiva*: quella esperita dal *procurator* e quella esperita dal rappresentato che abbia successivamente ratificato il pagamento – dipende proprio dalla premessa anteposta al *responsum*. Attraverso la proposizione causale che introduce il discorso, infatti, Scevola afferma, senza mezzi termini, che sussiste il delitto furto nel caso in cui qualcuno abbia ricevuto delle somme non dovute, pur sapendolo («*Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit*»). Anche senza approfondire la questione, risulta chiaro che il cuore dell'asserzione è racchiuso nel participio «*sciens*», il quale intende significare la piena consapevolezza da parte del soggetto che riceve il pagamento in ordine alla non spettanza dello stesso. La sussistenza del *furtum* e, dunque, l'addebito dell'illecito al soggetto *accipiens* è possibile, infatti, unicamente in quanto la condotta acquisitiva sia accompagnata da mala fede, quale quella che contraddistingue colui che riceve qualcosa che sa essere altrui, e che invece non potrà rinvenirsi nel caso in cui il soggetto ricevente ritenga in buona fede di essere legittimato. Soltanto nel primo caso, infatti, e non certo nel secondo, ricorre l'impossessamento di un bene altrui, e dunque soltanto in questa ipotesi potrà ipotizzarsi una responsabilità a titolo di furto.

L'affermazione contenuta nell'apertura del passo di Scevola e la fattispecie di furto da parte dell'*accipiens* che ingiustamente si arricchisce ai danni del *procurator* ci introduce al tema del *furtum* di colui che si finge creditore, che costituisce appunto la fattispecie protagonista del passo ulpiano contenente la definizione di *falsus creditor*: è giunto, allora, il momento di

passare a considerare più nello specifico tale fattispecie, prima di trarre qualche conclusione in merito alla configurabilità del *falsus creditor* quale antecedente del moderno creditore apparente.

3.2. Il *furtum* del *falsus creditor*: la fattispecie contenuta in D. 47.2.43.pr. e la soluzione prospettata da Ulpiano.

Conclusa l'analisi della definizione di *falsus creditor* contenuta nell'inciso del frammento ulpiano, è possibile adesso esaminare brevemente la specifica fattispecie ad esso correlata.

Il caso giuridico preso in esame da Ulpiano nel *principium* del titolo 47.2 *De furtis* riguarda un'ipotesi di furto, commesso da un soggetto che Ulpiano qualifica appunto quale falso creditore («*falsus creditor*»). Il caso descritto da Ulpiano è oltremodo generico e privo di ogni ulteriore dettaglio o specificazione: esso si esaurisce nell'ipotesi in cui un soggetto, definito 'falso creditore', riceva un qualcosa (*quid*): «*falsus creditor [...] si quid acceperit*». Il giurista, infatti, non offre ulteriori indicazioni né in merito all'oggetto ricevuto dal *falsus creditor*⁵³, né al soggetto dal quale quest'ultimo abbia derivato l'acquisto, in relazione al quale infatti l'autore non fornisce alcuna indicazione⁵⁴.

Tale assenza di dettagli e di informazioni dovrebbe forse indurci a concludere per una irrilevanza di tali aspetti ai fini della disciplina della fattispecie e ad escludere l'ipotesi di una divergenza di trattamento giuridico in virtù delle eventuali diversità di oggetto (ciò che il *falsus creditor* riceve) o di soggetto (da chi il *falsus creditor* riceve il *quid*).

⁵³ Come a breve meglio diremo, il generico «*quid*» iniziale sarà, infatti, specificato soltanto nel proseguo del frammento, allorquando verrà identificato mediante l'utilizzo al rigo successivo del termine «*nummi*» (ossia monete, denaro contante).

⁵⁴ La proposizione oggetto dell'inciso del *principium* del frammento D. 47.2.43 è costruita in maniera oltremodo semplice: essa è composta dal soggetto della proposizione ipotetica introdotta dal «*si*», che è il *falsus creditor*, dal verbo («*acceperit*», congiuntivo perfetto del verbo *accipio*, *is, accēpi, accēptum, ēre* retto dal «*si*») e dal complemento oggetto («*quid*»), ma non contiene il complemento d'agente, non offrendoci dunque indicazioni specifiche in ordine al soggetto autore della cessione del *quid* (i «*nummi*») al *falsus creditor*. Probabilmente l'autore (Ulpiano) ha ritenuto superflua tale specificazione, dovendosi evidentemente il soggetto identificarsi nella persona del debitore del *creditor* (*verus*), il quale, al fine di adempiere la propria obbligazione, esegue la prestazione a cui è tenuto consegnando il *quid* (i «*nummi*») al *falsus creditor* nella convinzione che questo sia legittimato a riceverli.

Come accennato, in un primo momento Ulpiano non si preoccupa di concretizzare o specificare quale sia l'oggetto ricevuto dal finto creditore, facendo genericamente riferimento all'ipotesi in cui il *falsus creditor* riceve 'un qualcosa'. Ulpiano utilizza, infatti, il pronome indefinito «*quid*», senza alcuna ulteriore specificazione, denotando così assoluta indifferenza rispetto all'entità oggettiva ricevuta. Tale generica espressione iniziale assume, però, subito dopo una maggiore concretezza, allorquando, nel proseguo della frase lo stesso Ulpiano parla di «*nummi*». Il giurista, infatti, afferma che qualora il *falsus creditor* abbia percepito un *quid* (utilizzando dunque un'espressione generica e omnicomprensiva), egli commette furto («*furtum facit*») e i *nummi* non diventano suoi («*nec nummi eius fient*»). Ed ecco, allora, che la genericità iniziale si dissolve e il «*quid*» viene concretizzato nei «*nummi*», ossia i denari, le monete⁵⁵.

Per quanto concerne, poi, il soggetto da cui il *falsus creditor* riceve il *quid*, ossia i *nummi*, Ulpiano nulla dice: tuttavia, anche in ordine a tale aspetto, ulteriori dettagli possono essere ricavati implicitamente dal tenore complessivo del discorso. Infatti, anche se nel *principium* del frammento non vi è indicazione in merito alla qualifica del soggetto derubato, la sua identificazione è possibile attraverso una lettura combinata del *principium* e del frammento successivo. Nel momento in cui Ulpiano passa a trattare la condotta posta in essere dal *falsus procurator*, la riferisce infatti come commessa ai danni del debitore: nel frammento 1 del brano D. 47.2.43, il vocabolo «*debitor*» ricorre ben quattro volte («*si hac mente ei dederit nummos debitor [...] nam et manent nummi debitoris [...] cuius eos debitori fieri vult [...] quod ita det debitor*»), il che dovrebbe essere sufficiente a fugare ogni residuo dubbio – ammesso che ve ne fossero mai stati – in ordine al fatto che il soggetto che paga al *falsus creditor* sia il debitore.

Alla luce, dunque, di quanto appena osservato, la fattispecie presa in esame nel frammento D. 47.2.43.pr. potrebbe essere riscritta in questi termini: «se il *falsus creditor* riceve del denaro dal debitore, non diventa proprietario

⁵⁵ In questo senso si esprime A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., il quale, dopo aver rilevato che «il *quid* iniziale è sciolto dal giurista nel concreto *nummi*», sottolinea come l'utilizzo da parte di Ulpiano del verbo «*facit*» con riferimento alla commissione del delitto di furto evidenzia la perentorietà della «affermazione, la quale si pone» a suo dire «in antitesi rispetto a quella che lo stesso giurista utilizzerà successivamente in relazione al *falsus procurator*».

del denaro ricevuto e, anzi, commette il delitto di furto». Ed ecco che, allora, così riformulata la fattispecie descritta da Ulpiano ci appare immediatamente familiare: il falso creditore il quale riceve del denaro, che in verità non gli spetterebbe, non diventa proprietario della somma, poiché non era legittimato a riceverla o, detto altrimenti, poiché non era il reale 'destinatario del pagamento'. In sostanza, siamo di fronte ad un soggetto, che è solo apparentemente, ma non effettivamente creditore, – dunque un creditore 'falso' e non reale, in quanto privo della titolarità sostanziale del diritto di credito – il quale ottiene un pagamento che in verità spetterebbe ad altri. A questo punto non vi sono davvero più dubbi: si tratta della classica ipotesi che il nostro codice civile, all'articolo 1189, qualifica come 'pagamento al creditore apparente'⁵⁶.

3.3. Gli effetti del pagamento al creditore apparente nel diritto romano e in quello moderno: sanzionabilità del *falsus creditor* e tutela del debitore in buona fede.

Appurata, dunque, l'identificabilità della fattispecie descritta da Ulpiano nel frammento citato rispetto a quella del pagamento al creditore apparente come descritta dal legislatore italiano, occorre però valutare se ad una sovrapposibilità degli elementi costitutivi della fattispecie astratta faccia seguito una assimilabilità anche *quoad effectum*. In particolare, ciò che interessa considerare sono i rimedi predisposti dai due ordinamenti, moderno e antico, in risposta a tale situazione, dai quali potrà ricavarsi qualche elemento in più in ordine alla prospettiva nella quale gli stessi hanno inteso inquadrare il fenomeno.

Ora, dall'analisi del frammento contenente il riferimento al *falsus creditor*, emerge con certezza un dato: questi non potrà divenire proprietario delle cose ricevute e in buona fede consegnate dal debitore, in quanto privo

⁵⁶ Sulla disciplina moderna dell'istituto ci siamo già soffermati all'inizio del presente capitolo (par. 1): sarà, dunque, qui sufficiente richiamare il contenuto dell'art. 1189 c.c., rinviando alle pagine precedenti per la compiuta analisi della fattispecie: «Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede. Chi ha ricevuto il pagamento è tenuto alla restituzione verso il vero creditore secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito.».

della legittimazione a riceverle – legittimazione che è stata soltanto simulata (*qui se simulat creditorem*) –; egli sarà pertanto considerato un semplice possessore, peraltro di mala fede. Ecco perché, nel *principium* del frammento D. 47.2.43 Ulpiano afferma con sicurezza e senza esitazione che il *falsus creditor* che abbia percepito un *quid* non acquista la proprietà di quanto ricevuto: in questo caso, infatti, il denaro non diventa suo («*nec nummi eius fient*»), cioè non entra a far parte del patrimonio di colui che si è finto creditore, il quale anzi appropriandosi scientemente di qualcosa che non gli spettava, si macchia inevitabilmente del delitto furto («*furtum facit*»).

La conclusione perentoria di Ulpiano, secondo cui il falso creditore, o creditore apparente, che riceve del denaro commette senza dubbio furto è, dunque, l'unico elemento dal quale possiamo cercare di ricavare indizi in merito alla disciplina del *falsus creditor*, individuato come antesignano del nostro creditore apparente. Com'è evidente, trattasi di informazioni troppo esigue per poterci consentire di affermare l'esistenza di una costruzione giuridica e di uno studio istituzionale intorno alla figura in esame, che probabilmente non rappresentò nel diritto romano fonte di particolari questioni degne di attenzione da parte dei giuristi. Se così non fosse, infatti, avremmo rinvenuto nel Digesto – verosimilmente vicino al passo appena esaminato – ulteriori frammenti dedicati a tale figura, esattamente come avviene per il *falsus procurator*, che al contrario trova menzione in svariate ipotesi, rispetto alle quali i giuristi furono chiamati a rendere il proprio *responsum*. L'ipotesi del falso creditore non è stata, invece, al centro di particolari dispute e, come abbiamo appena visto, viene in rilievo unicamente per individuare una delle possibili ipotesi di *furtum*.

Alla luce di tali considerazioni, è allora possibile ricavare la diversa prospettiva che connota il diritto romano rispetto alla impostazione moderna relativa al creditore apparente. In particolare, come abbiamo visto l'unico isolato esempio in cui le fonti antiche si preoccupano di prendere in considerazione il falso creditore è funzionale ad una attribuzione di responsabilità – peraltro di tipo penale, a titolo di *furtum* – per la condotta appropriativa del bene altrui. Al contrario, la moderna disciplina del creditore apparente contenuta nel codice civile all'articolo 1189, oltre a configurare profili di responsabilità in capo al soggetto che si sia finto creditore – il quale,

come abbiamo visto, è tenuto a restituire quanto indebitamente ricevuto, potendo essere destinatario di un'azione di indebito arricchimento eventualmente intentata dal debitore – si preoccupa anche di predisporre un adeguato meccanismo di tutela proprio di quest'ultimo soggetto, caduto in errore senza sua colpa. Infatti, come già evidenziato, il presupposto dell'apparenza giuridica, di cui il creditore apparente rappresenta espressione, è il legittimo affidamento⁵⁷ riposto nella situazione di apparenza, che in base a circostanze univoche ed oggettive induce a ritenere sussistente uno stato di fatto in realtà assente. Ed ecco allora che il nostro legislatore, proprio per tutelare il legittimo affidamento del debitore che, in virtù di un errore scusabile, abbia pagato al soggetto sbagliato, stabilisce che se questi effettua in buona fede il pagamento al creditore apparente ('falso'), sarà liberato e non potrà essere chiamato ad eseguire nuovamente la prestazione nelle mani del creditore effettivo ('vero'). Una simile preoccupazione e attenzione – almeno per quanto è a noi dato sapere – è del tutto assente nel diritto romano, il quale si limita a prendere in considerazione il fenomeno del *falsus creditor* dal lato di quest'ultimo, sanzionando la condotta simulatoria e, dunque, ingannatoria nei confronti del soggetto (debitore) che effettua il pagamento, attraverso l'addebito del *delictum* di *furtum*. L'elemento che, dunque, contraddistingue la fattispecie è la mala fede del *falsus creditor*, che «*se simulat creditorem*» e, così facendo, contribuisce a creare la situazione di apparenza, determinando, con la propria condotta, l'errore del debitore.

Pur nella identità di presupposti del fenomeno giuridico in esame, la diversità di prospettiva fra diritto moderno e antico si manifesta allora in tutta la sua evidenza: se nell'esperienza attuale il problema del pagamento al creditore apparente ruota attorno alla figura del debitore, che il codice civile si preoccupa di tutelare nell'ipotesi in cui abbia eseguito il pagamento in buona fede, nel diritto romano l'attenzione è invece focalizzata sulla figura del creditore apparente (*rectius* 'falso'), che assume rilevanza e viene preso in considerazione unicamente quale potenziale soggetto attivo del delitto di furto.

⁵⁷ In ordine alla nozione di legittimo affidamento correlato alla buona fede e alla sua rilevanza nell'ambito della teoria dell'apparenza giuridica, ci permettiamo di rinviare alle osservazioni già esposte nel capitolo I del presente lavoro, nel quale abbiamo cercato, per quanto possibile di sciogliere i termini della questione, anche attraverso l'indicazione di alcuni imprescindibili riferimenti bibliografici.

Volendo tradurre la distinzione in termini moderni, potremmo dire che, mentre il nostro codice civile all'articolo 1189 delinea un'ipotesi di apparenza pura, che rileva in sé e a prescindere dal contegno assunto dal creditore apparente, nonché dal fatto che questi abbia concorso nella determinazione dello stato di apparenza, il *falsus creditor* è invece preso in considerazione al diritto romano proprio in ragione del suo comportamento ingannevole e configura, pertanto, un'ipotesi di apparenza colposa.

Non vi è, peraltro, nel passo esaminato, alcun riferimento alle sorti del pagamento effettuato dal debitore al creditore *falsus* (apparente): la nostra fonte si limita a riferirci che il falso creditore commette furto e non diventa proprietario del denaro, ma non ci informa in merito alla posizione del debitore e non si pronuncia in ordine al buon esito della dazione da questi effettuata a titolo di pagamento. Sorge, allora, spontaneo il seguente interrogativo: il debitore, laddove abbia pagato in buona fede al creditore apparente, sarà liberato oppure potrà essere chiamato ad eseguire nuovamente il pagamento al creditore *verus*? Ciò che a riguardo possiamo osservare è che, stando a quanto ci riporta Ulpiano, il denaro non passa in proprietà del creditore *falsus*, che con l'inganno lo abbia ricevuto («*nec nummi eius fient*»): la somma pertanto rimane in proprietà del debitore, che non ne ha mai perso la titolarità. Tuttavia egli, pur mantenendo la relazione giuridica sul bene, ha perso quella di fatto consistente nel possesso, avendolo in buona fede consegnato all'apparente creditore: in una tale situazione, può allora il debitore, proprietario non possessore dei denari, ritenersi liberato? In merito a tale questione la nostra fonte nulla dichiara in maniera esplicita, limitandosi ad affermare che il *falsus creditor* commette *furtum*. L'unico rimedio esperibile contro di lui, dunque, potrà essere l'*actio furti*, con la quale il *falsus creditor* potrà essere condannato a restituire quanto indebitamente sottratto, incrementato in base al meccanismo del multiplo cui si ispira il modello sanzionatorio degli illeciti civili.

Individuato chiaramente il rimedio esperibile a fronte di tale situazione, occorre tuttavia domandarsi chi lo possa esperire, ossia – sempre per utilizzare la terminologia e le categorie moderne – individuare il 'legittimato attivo' ad esercitare l'azione di furto contro il *falsus creditor*, che in mala fede ha acquistato il possesso dei denari. Un simile dubbio in ordine alla legittimazione può, infatti, sorgere perché soggetti danneggiati dalla condotta del *falsus*

creditor sono due: da un lato, il debitore, che paga ad un soggetto sbagliato e che, dunque, a causa del proprio errore potrebbe essere teoricamente chiamato a pagare nuovamente al creditore effettivo, rimasto insoddisfatto; dall'altro, appunto, il creditore 'vero', il cui interesse è rimasto evidentemente disatteso, avendo altri percepito quanto era a lui spettante. Nonostante tale duplicazione delle 'vittime' dell'indebito pagamento, il dubbio in ordine a chi fra i due soggetti sia titolato ad esperire il rimedio è presto sciolto, se solo si pensi a quali sono i requisiti di legittimazione per l'esercizio dell'*actio furti*. Ora, dal momento che legittimato attivo all'azione di furto è il proprietario dei beni sottratti, occorre capire chi, a seguito del pagamento al *falsus creditor*, abbia la titolarità del diritto reale sui beni consegnati a titolo di pagamento. Sul punto, possiamo affermare che il proprietario del *quid* sottratto dal *falsus creditor* è – e rimane anche dopo l'appropriazione da parte del *falsus creditor* – il debitore: ciò risulta, infatti, chiaramente dall'affermazione di Ulpiano, secondo cui il *falsus creditor* non acquista la proprietà del denaro («*nec nummi eius fient*»). D'altro canto, l'azione non potrebbe essere esercitata dal creditore *verus*, il quale non è ancora proprietario della somma, pur essendo l'unico legittimato a riceverla: la proprietà dei *nummi*, infatti, presuppone la loro consegna, che però non è avvenuta in suo favore. Da ciò parrebbe, dunque, potersi concludere, senza troppi dubbi, che unico legittimato ad esperire l'*actio furti* è il debitore che abbia effettuato il pagamento al creditore apparente (*falsus creditor*).

Volendo, allora, profilare una qualche conclusione dell'analisi fin qui compiuta, possiamo prendere posizione concordando con quanti hanno escluso una compiuta costruzione giuridica da parte del diritto romano intorno alla figura del creditore apparente. Il tentativo di individuare un embrione di tale istituto nel *falsus procurator*, se certamente appare l'unica linea percorribile, non può però consentirci di considerarla esistente e già compiutamente delineata nel pensiero di Roma antica. Indubbiamente il fenomeno del pagamento al creditore apparente era già stato individuato e messo a fuoco dai giuristi romani, come testimonia il frammento esaminato; ma, una volta individuata la sanzione da comminare nei confronti di chi abbia indebitamente ricevuto l'adempimento del credito, l'attenzione della giurisprudenza romana subisce una battuta di arresto, senza preoccuparsi di considerare gli ulteriori

risvolti del fenomeno, che non risulta essere venuto in rilievo in fattispecie diverse da quella citata da Ulpiano.

Quindi, per quanto concerne la fattispecie del creditore apparente, i profili di continuità fra diritto romano e diritto moderno sussistono nei limiti in cui entrambi i diritti contemplano e si preoccupano di disciplinare il pagamento al 'falso creditore', individuando le conseguenze della condotta di colui che si finge legittimato a riceverlo. Ma, appena l'attenzione si sposta dalla figura del creditore apparente a quella del debitore, 'vittima' dell'apparenza, la continuità si dissolve ed emergono i profili di frattura: da un lato, il moderno diritto consente la liberazione del debitore, in virtù del legittimo affidamento da questi riposto; dall'altro, l'esperienza antica contempla unicamente la possibilità di agire contro il falso creditore mediante l'*actio furti*, per ottenere la condanna di colui che con l'inganno lo abbia indotto a consegnargli quanto spettava al creditore *verus*.

Questi i motivi in base ai quali riteniamo, dunque, di poter concludere che fra creditore apparente e *falsus creditor* i profili di frattura superano e sovrastano quelli, pur esistenti, di continuità.

4. L'*adiectus solutionis causa* nelle fonti giuridiche romane.

Come anticipato nelle pagine introduttive del presente capitolo, il *falsus creditor* o, più genericamente, il creditore apparente non deve essere confuso con la diversa ipotesi dell'*adiectus solutionis causa*⁵⁸. Quest'ultima figura – oggi contemplata, pur senza essere nominata, dal primo comma dell'articolo 1188 del codice civile – era ben nota al diritto romano, che già aveva immaginato l'eventualità in cui il creditore delegasse qualcun altro a ricevere il pagamento in sua vece. L'espressione *adiectus solutionis causa*, giunta fino ai

⁵⁸ Per l'analisi manualistica dell'*adiectus solutionis causa* nel diritto romano, si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 393; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 339; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 446; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 803 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 474, 542; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., p. 435; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 657; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 367; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., p. 396; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 570, 637; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 603 ss.

nostri giorni, era utilizzata dai giuristi romani per indentificare la persona 'indicata' – ciò significa *adiecta* – dal creditore, al momento della stipulazione, per ricevere il pagamento dal debitore. L'*adiectus* – moderno 'indicatario' – non era, dunque, un rappresentante o un mandatario del creditore, ma piuttosto un semplice preposto all'esazione: egli non acquistava alcun diritto, che sorgeva immediatamente in capo al titolare del credito; e, non acquistandolo, non poteva evidentemente neppure validamente disporne⁵⁹. Il pagamento effettuato all'*adiectus* infatti era considerato, almeno in epoca classica, alla stregua di una *res facti* e l'*adiectus* come un mero strumento per l'esecuzione dell'obbligazione: l'*adiectus* poteva soltanto liberare il debitore ricevendo la prestazione e, d'altro canto, la liberazione del debitore conseguiva alla volontà del creditore, non certo dell'*adiectus*⁶⁰.

Data la sua funzione strumentale, peraltro, l'*adiectus* poteva essere anche un incapace⁶¹, come un *furiosus* o un *pupillus*, che potevano ricevere il pagamento anche senza l'*auctoritas* del tutore o l'assistenza del curatore; similmente, poteva essere destinatario del pagamento anche un servo o un figlio in potestà. Tale funzione strumentale dell'*adiectus* in proseguo di tempo tuttavia venne mitigata e, nel diritto giustiniano divenne quasi «annebbiata»⁶²,

⁵⁹ Sull'argomento si vedano le recenti osservazioni di C. MARVASI, *Inadempienze e risarcimento danni nel mandato: risposte alle questioni sostanziali e processuali nei rapporti fra mandante e mandatario*, Milano: Giuffrè, 2013, p. 6, il quale, a sua volta, cita: A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 447 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 393. L'autore, in particolare, sottolinea come Tizio, ossia l'*adiectus*, non divenisse a sua volta creditore, ma un semplice destinatario del pagamento: pertanto, il debitore avrebbe potuto liberarsi dall'obbligazione eseguendola nei suoi confronti. Quanto, invece, ai rapporti tra creditore e *adiectus*, l'autore ritiene che fossero regolati, almeno normalmente, con l'*actio mandati*. La stessa opinione era già stata espressa da Francesco De Martino, secondo cui «in diritto classico [...] il rapporto interno tra creditore ed *adiectus* poteva essere vario, ma [...] il più delle volte l'*adiectus* era un semplice incaricato a riscuotere e quindi tenuto verso il *dominus* con l'*actio mandati*». L'autore sottolinea, poi, la connessione tra l'*adiectio* e il contratto a favore di terzi, rilevando che «tutta la storia dell'*adiectus* è legata a quella del contratto a favore di terzi e della cessione delle obbligazioni»: l'autore rileva, infatti, come l'emersione e l'evoluzione storica di queste ultime due figure abbia condizionato il destino dell'*adiectus*, dal momento che «via via che tali istituti vennero riconosciuti, la figura dell'*adiectus* andò identificandosi con quella del terzo a cui favore ha stipulato il contratto» (cfr. F. DE MARTINO, s.v. *Adiectus solutionis causa*, in *Noviss. Dig. It.*, 1, Torino: UTET, 1957, p. 285).

⁶⁰ In particolare, contro la tesi che interpretava l'*adiectus solutionis causa* come un mandatario del creditore (*Ermächtignungsverhältnis*), si schierò nettamente Stanislaw Cugia (cfr. S. CUGIA, *L'adiectus solutionis causa* cit., *passim.*), secondo il quale i passi in cui l'*adiectus* compare in veste di mandatario sarebbero in verità interpolati.

⁶¹ Sul punto si veda, ancora, S. CUGIA, *L'adiectus solutionis causa* cit.

⁶² Così si esprime F. DE MARTINO, s.v. *Adiectus solutionis causa*, cit., p. 285.

tanto che si consentì, in determinate ipotesi, che il pagamento fosse eseguito anche ai rappresentanti degli incapaci, quali il curatore del *furiosus*, il tutore del pupillo, e il *dominus* dello schiavo⁶³.

L'eventuale indicazione di un soggetto terzo come possibile destinatario del pagamento avveniva al momento stesso della conclusione del negozio: la nomina dell'*adiectus* era contenuta nell'atto costitutivo dell'obbligazione – che, nella maggior parte dei casi, stando alle informazioni ricavabili dalle fonti era la *stipulatio* – e veniva di norma espressa attraverso un'autorizzazione, rivolta al debitore, cui si attribuiva la scelta di pagare direttamente al creditore o al terzo *adiectus*, nelle fonti normalmente indicato col nome di Tizio. La clausola tipicamente utilizzata in questi casi era «*mihi aut Titio dari*»⁶⁴, sebbene le fonti attestino il ricorso anche a formule parzialmente diverse, quali «*mihi aut Titio, utrum ego velim*»⁶⁵, o anche «*mihi aut cui ego volam*»⁶⁶. Era,

⁶³ Le ipotesi del pagamento effettuato nei confronti del *furiosus*, del *pupillus* e del *servus* sono trattate contestualmente da Paolo nel seguente brano: D. 46.3.95.7 (Pap. 28 *quaest.*): «*Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori vel curatori pecunia recte dabitur, si condicionis quoque implendae causa recte pecunia tutori vel curatori datur. Quod quidem Labeo et Pegasus putaverunt utilitatis causa recipiendum: idque ita recipi potest, si pecunia in rem vel pupilli vel furiosi versa est, quomodo si domino iussus dare servo dedisset, ut domino daret. Ceterum qui servo dare iussus est, domino dando non aliter implese condicionem intellegendus est, quam si ex voluntate servi dedit. Idem respondendum est in solutione, si stipulato Sempronio sibi aut Stichum Maevii servo decem dari debitor Maevio domino pecuniam solverit.*». Del pagamento al *filius familias* Paolo si occupa, invece, in quest'altro passo: D. 46.3.59 (Paul. 2 *ad Plaut.*): «*Si ita stipulatus sim: "Mihi aut Titio dare spondes?" et debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adiecto solvere. Et si a filio familias mihi aut Titio stipulatus sim, patrem posse Titio solvere quod in peculio est, scilicet si suo, non filii nomine solvere velit: dum enim adiecto solvitur, mihi solvi videtur: et ideo si indebitum adiecto solutum sit, stipulatori posse condici Iulianus putat: ut nihil intersit, iubeam te Titio solvere an ab initio stipulatio ita concepta sit.*»

⁶⁴ Le fonti che attestano l'utilizzo della clausola «*mihi aut Tizio*» sono innumerevoli. Fra queste, ci limitiamo a fornire qualche esempio: D. 46.1.23 (Marc. 4 *reg.*): «*Si "mihi aut Titio decem?" stipulatus fuerim, Titius fideiussorem accipere non potest, quia solutionis tantum causa adiectus est.*»; D. 46.1.34 (Paul. 72 *ad ed.*): «*Hi, qui accessionis loco promittunt, in levio rem causam accipi possunt, in deterio rem non possunt. Ideo, si a reo mihi stipulatus sim, a fideiussore mihi aut Titio, melio rem causam esse fideiussoris Iulianus putat, quia potest vel Titio solvere. Quod si a reo mihi aut Titio stipulatus, a fideiussore mihi tantum interro gem, in deterio rem causam acceptum fideiussorem Iulianus ait. Quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fideiussore Stichum interro gem? Utrum in deterio rem causam acceptus est sublata electione? An in melio rem, quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest?*»; D. 46.3.71.pr. (Cels. 27 *dig.*): «*Cum decem mihi aut Titio dari stipulatus quinque accipiam, reliquum promissor recte Titio dabit.*»; D. 46.3.81.pr. (Pomp. 6 *ad Q. Muc.*): «*Si stipulatus sim mihi aut Titio dari, si Titius decesserit, heredi eius solvere non poteris.*» D. 46.3.95.6 (Pap. 28 *quaest.*): «*Usum fructum mihi aut Titio dari stipulatus sum: Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit, quia et sic stipulari possumus: "Mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari?"*».

⁶⁵ Come esempi di utilizzo della clausola «*mihi aut Titio, utrum ego velim*» si vedano: D. 45.1.118.2 (Pap. 27 *quaest.*): «*"Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?" ex eo,*

inoltre, possibile che, con la formula con cui il creditore aggiungeva un ulteriore possibile destinatario del pagamento, introducesse una distinzione in ordine alle rispettive prestazioni, ammettendo così che il debitore potesse liberarsi eseguendo nei confronti del creditore o dell'*adiectus* due prestazioni diverse, per esempio pagando una somma di denaro o consegnando uno schiavo («*decem mihi aut hominem Titio dari*»)⁶⁷. Se, dunque, l'oggetto della prestazione poteva variare in ragione del suo destinatario, creditore o *adiectus*, non sembra che lo stesso principio valesse per il luogo (*locus solutionis*) e per il tempo (*tempus solutionis*) dell'adempimento, rispetto ai quali, almeno in diritto classico, pare vi fosse minore flessibilità. La questione tuttavia non è pacifica, dal momento che le fonti non sono esaustive sul punto: anzi, in dottrina è stato recentemente sostenuto che alcune di esse sarebbero «indicative

quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo, quod illi solvendum, incerti: finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi, quoniam poenam promiseram, si Titio solutum non fuisset.»; D. 45.1.75.8 (Ulp. 22 ad ed.): «*Qui illud aut illud stipulatur, veluti “decem vel hominem Stichum”, utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis “utrum ego velim”, potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.»*

⁶⁶ L'utilizzo della formula «*mihi aut cui ego volam*» è attestato da Scevola: D. 32.37.3 (Scaev. 18 dig.): «*Pater emancipato filio bona sua universa exceptis duobus servis non mortis causa donavit et stipulatus est a filio in haec verba: “Quae tibi mancipia quaeque praedia donationis causa tradidi cessi, per te non fieri dolo malo neque per eum ad quem ea res pertinebit, quo minus ea mancipia quaeque ex his adgnata erunt eaque praedia cum instrumento, cum ego volam vel cum morieris, quaeque eorum exstabunt neque dolo malo aut fraude factove tuo eiusque ad quem ea res pertinebit in rerum natura aut in potestate esse desissent, si vivam mihi aut cui ego volam reddantur restituantur, stipulatus est Lucius Titius pater, spondit Lucius Titius filius”.* Idem pater decedens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit in haec verba: “*Lucio Titio filio suo salutem. Certus de tua pietate fidei tuae committo, uti des praestes illi et illi certam pecuniam: et lucionem servum meum liberum esse volo*”. *Quaesitum est, cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres exstiterit, an ex epistula fideicommissa et libertatem praestare debeat. Respondit, etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret, tamen nihilo minus et ex stipulatu ab heredibus patris et fideicommisso ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse, maxime post constitutionem Divi Pii, quae hoc induxit.*»

⁶⁷ D. 45.1.141.5 (Gai. 2 de verb. obligat.): «*Cum “mihi aut Titio” stipulor, dicitur aliam quidem rem in personam meam, aliam in Titii designari non posse, veluti “mihi decem aut Titio hominem”: si vero Titio ea res soluta sit, quae in eius persona designata fuerit, licet ipso iure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit.*»; D. 46.3.98.6 (Paul. 15 quaest.): «*Mihi Romae aut Ephesi Titio dari stipulor: an solvendo Titio Ephesi a me liberetur, videamus: nam si diversa facta sunt, ut Iulianus putat, diversa res est. Sed cum praevallet causa dandi, liberatur: liberaretur enim et si mihi Stichum, illi Pamphilum dari stipulatus essem et Titio Pamphilum solvisset. At ubi merum factum stipulor, puta insulam in meo solo aedificari aut in Titii loco, numquid, si in Titii loco aedificet, non contingat liberatio? Nemo enim dixit facto pro facto soluto liberationem contingere. Sed verius est liberationem contingere, quia non factum pro factoolvere videtur, sed electio promissoris completur.*»

di una tendenza giurisprudenziale del III terzo secolo, orientata nel senso della liberazione del debitore che avesse pagato *alibi* all'*adiectus solutionis causa*⁶⁸».

L'inserimento di simili clausole nel regolamento negoziale costituiva una particolare applicazione del negozio verbale *sponsio-stipulatio*, con la quale si introduceva nel rapporto obbligatorio un ulteriore soggetto. In sostanza, l'*obligatio* poteva intercorrere fra due soli soggetti, debitore e creditore, o tra più persone. Se nell'ambito della *stipulatio* veniva indicato soltanto il creditore, il pagamento aveva effetto liberatorio solo se eseguito nei suoi confronti. Se, invece, nella *stipulatio* fosse stata inserita una delle clausole sopra menzionate, al rapporto veniva aggiunto (*adiectus*) un nuovo soggetto, che era già individuato in via preventiva come possibile destinatario del pagamento (*solutionis causa*) alternativo («aut») rispetto al creditore. La circostanza che la nomina dell'*adiectus* equivallesse, nella sostanza, ad un'autorizzazione preventiva a ricevere il pagamento, ci consente di ricavare che, *a contrario*, l'adempimento effettuato nelle mani di una persona diversa dal creditore, dall'*adiectus*, e dunque non autorizzata, sarebbe stato invalido e privo di effetto liberatorio per il debitore che lo avesse compiuto. Inoltre, proprio perché inserita all'interno del contratto di *stipulatio*, la facoltà di scegliere il soggetto nei confronti del quale eseguire il pagamento, una volta concessa dal creditore, era irrevocabile: infatti la *stipulatio*, in quanto atto bilaterale, non avrebbe potuto essere modificata attraverso un successivo atto unilaterale del creditore. Perciò, un eventuale successivo divieto di adempiere nei confronti dell'*adiectus*, sarebbe stato privo di effetto e il debitore avrebbe

⁶⁸ Questa è l'opinione di F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 210, che l'autrice ricava soprattutto da un brano di Ulpiano, che a sua volta riporta il pensiero di Giuliano: D. 13.4.2.7 (Ulp. 27 ad ed.): «*Idem Iulianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit intendere sibi dari oportere. Et Iulianus scribit liberationem non contigisse atque ideo posse peti quod interest. Marcellus autem et alius tractat et apud Iulianum notat posse dici et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitatus accipere non cogar: plane si non contigit liberatio, dicendum ait superesse petitionem integrae summae, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summae solutio distare a fabrica insulae et ideo quod interest solum petendum.*» L'autrice instaura un raffronto tra la posizione di Giuliano e quella di Ulpiano, espressa in D. 13.4.9 (Ulp. 47 ad Sab.): «*Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.*»; da quest'ultimo brano, in particolare, a suo avviso potrebbe ricavarsi che «Ulpiano senz'altro accoglieva il divieto di *solvere invito stipulatore*, ma non sappiamo se egli, a differenza di Giuliano, applicasse la regola anche all'*adiectio solutionis causa*.»

comunque potuto eseguire il pagamento anche nelle mani del secondo aggiunto, con effetto liberatorio⁶⁹.

L'aggiunta (*addictio*) di un soggetto ulteriore rispetto alle parti principali del rapporto, – creditore e debitore – peraltro, poteva riguardare anche un'ulteriore ipotesi, in cui accanto al primo creditore se ne aggiungeva un secondo, che, come ci riporta Gaio, veniva qualificato come *adstipulator* («*quem vulgo adstipulatorem vocamus*»)⁷⁰. In particolare, mentre l'*adiectus solutionis causa* era una persona, diversa dal creditore, legittimata a ricevere, validamente e con effetto liberatorio per il debitore, il pagamento per conto del creditore, l'*adstipulator* era un soggetto – normalmente una persona di fiducia del creditore – che stipulava col debitore un'obbligazione avente lo stesso oggetto di quella originaria⁷¹. La formula utilizzata in questo caso era infatti

⁶⁹ D. 46.3.12.pr.-4 (Ulp. 30 *ad Sab.*): pr. «*Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.*» 1. «*Interdum tamen et non procuratori recte solvitur: ut puta cuius stipulationi nomen insertum est, si quis stipuletur sibi aut Titio.*» 2. «*Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor.*» 3. «*Alia causa est, si mihi proponas stipulatum aliquem sibi aut Titio: hic enim etsi prohibeat me Titio solvere, solvendo tamen liberabor, quia certam condicionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator.*» 4. «*Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.*»

⁷⁰ Si veda la nota introduttiva di F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Milano: Cisalpino, 1994, p. 13: «Altre peculiari applicazioni del negozio verbale furono la costituzione di garanzia (*sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*), l'applicazione di una penale per rafforzare la protezione di determinati obblighi per sanzionarli se sprovvisi di tutela (*stipulatio poenae*), la legittimazione di un altro soggetto attivo e passivo quale parte di rapporti obbligatori (*adiectus solutionis causa* e *adstipulator*).»

⁷¹ L'espressione '*adstipulator*' è utilizzata da Gaio nel frammento 3.110, nonché nei frammenti successivi, nei quali il giurista si diffonde sulla figura e sulla diversa casistica ad essa afferente. Cfr. Gai 3.110-114: «110. *Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus.* 111. *Et huic proinde actio conpetit proindeque ei recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur.* 112. *Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos uti sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: "dari spondes?" ille sic adstipulari potest: "idem fide tua promittis?" vel: "idem fide iubes?" vel contra.* 113. *Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub condicione stipulari potest; contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.* 114. *In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item servus adstipulando nihil agit, qui ex ceteris omnibus causis stipulatione domino acquirit. Idem de eo, qui in mancipio est, magis placuit; nam et is servi loco est. Is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat; ac ne ipsi quidem aliter actio conpetit, quam si sine capitis diminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. Eadem de filia familias et quae in manu est, dicta intellegemus.*»

«*idem dari spondes?*», con cui il terzo si faceva promettere, in una seconda stipulazione, la quale poteva anche essere sottoposta a termine, a condizione – quanto promesso allo stipulante, eventualmente anche in una quantità minore: l'*adstipulator* dunque, a differenza, dell'*adiectus*, assumeva le vesti di concreditore, e aveva possibilità di agire contro il promittente in concorso con lo stipulante.

Al contrario, l'*adiectus* era, come abbiamo detto, un mero strumento per l'adempimento e, pertanto, non poteva esercitare alcuna azione a tutela del credito: egli non poteva né agire in giudizio per chiedere il pagamento, né effettuare la *litis contestatio*⁷². Egli inoltre, non essendo titolare del diritto di credito non poteva estinguerlo in modo diverso dal pagamento, ad esempio rimettendo il debito, o effettuando una novazione⁷³, né in alcun modo modificarlo o altrimenti disporne, anche eventualmente accettando garanzie da altri offerte, senza un'apposita indicazione in tal senso da parte del legittimo creditore⁷⁴.

Da quanto osservato, dunque, risulta confermata la differenza sia di essenza sia di funzione tra la figura dell'*adiectus solutionis causa* sia da quella del *falsus creditor*, sia da quella del *falsus procurator*: in queste ultime due ipotesi, infatti, il soggetto finge di possedere il titolo o quantomeno l'autorizzazione a riscuotere il pagamento, laddove invece tale autorizzazione del *dominus* costituisce proprio l'elemento costitutivo dell'*adiectio*. Perciò, non vi è margine di sovrapponibilità tra queste figure, rispetto alle quali l'affinità è soltanto 'apparente'.

⁷² D. 46.3.57.pr.-1 (Ulp. 77 *ad ed.*): pr. «*Si quis stipulatus fuerit "decem in melle", solvi quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit et petita decem fuerint, amplius mel solvi non potest.*» 1. «*Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset.*»

⁷³ Il divieto di procedere a novazione è chiaramente messo in luce da Paolo in D. 46.2.10 (Paul. 11 *ad Sab.*): «*Cui recte solvitur, is etiam novare potest, excepto eo, si mihi aut Titio stipulatus sim: nam Titius novare non potest, licet recte ei solvitur.*» e in D. 46.3.10 (Paul. 4 *ad Sab.*): «*Quod stipulatus ita sum "mihi aut Titio", Titius nec petere nec novare nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest.*» Quest'ultimo brano attesta, più in generale, il divieto di estinguere l'obbligazione in modo diverso rispetto al pagamento: oltre alla novazione, era vietata anche l'*acceptilatio* e in generale il pagamento rivolto a soggetti diversi dal creditore o dall'*adiectus*.

⁷⁴ Sul punto si veda quanto osservato da A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 445-446.

5. Osservazioni conclusive in ordine al *falsus creditor* come «*avus*» del creditore apparente: una continuità «*magis speciosa quam vera*».

Avendo ricostruito nei paragrafi che precedono i tratti fondamentali degli istituti del creditore apparente, come opportunamente distinto dall'*adiectus solutionis causa*, e avendo individuato le possibili tracce di un loro rispettivo antecedente storico nell'ambito delle fonti romanistiche, possono a questo punto trarsi le conclusioni dell'analisi finora svolta.

L'obiettivo che ci si era prefissi era diretto, come dichiarato, a tentare una rivalutazione e una nuova lettura della figura del creditore apparente nel diritto romano. In particolare, a fronte di una innegabile e indiscussa penuria di fonti che espressamente invochino una simile figura, ci si era proposti di indagare se l'unica conclusione possibile fosse l'esclusione di tale istituto dal panorama giuridico romano; o se, al contrario, pur nell'esiguità di testimonianze che affrontino direttamente il tema, fosse tuttavia possibile rinvenire fattispecie, che anche mediante la rappresentazione di figure eterogenee, come quella dell'*adiectus solutionis causa* o dell'*adpromissor*, facessero emergere un'attenzione da parte del diritto romano rispetto a fenomeni qualificabili come *lato sensu* di 'apparenza'⁷⁵.

Tuttavia, un simile tentativo non è necessariamente da rigettare o da mistificare se compiuto per sincere ed autentiche ragioni di studio, con la mente sgombra da preconcetti, e dunque diretto non ad individuare le ragioni che sorreggono la tesi che si vuole sostenere, ma, al contrario, a studiare il fenomeno giuridico nella sua reale portata storica ed, eventualmente, a ricercare e valorizzare, solo se presenti, i segnali e i sintomi di comunicabilità rispetto agli istituti moderni. Se non effettuata in questi termini, infatti, tale operazione rischia di risultare forzata e le ragioni a sostegno addotte effimere, privando così di contenuto e di interesse la tesi proposta.

⁷⁵ Tale operazione di 'ricerca del simile', naturalmente, viene condotta nella consapevolezza che, anche laddove dia esito positivo, quasi mai conduce a risultati totalmente conformi a quelli propri degli istituti moderni, dai quali è ciononostante imprescindibile prendere le mosse ogni volta che si tenti di proporre un paragone tra nuovo e antico, cercando di rinvenire, con una sorta di forzatura o di inversione logica e soprattutto cronologica, il nuovo nel vecchio.

In questo caso, dunque, la ricerca in tema di creditore apparente non ambiva certo ad individuare risultati con portata innovativa o dirompente, impresa che avrebbe evidentemente peccato di eccessiva ambizione, finanche forse di arroganza, dal momento che la figura del creditore apparente – come rilevato da tutti gli autori che fino ad oggi si sono occupati anche marginalmente del tema – a quanto è dato sapere non è stata oggetto dell'attenzione dei giuristi romani, come d'altra parte testimoniato dalle fonti in nostro possesso, che solo in un unico caso menzionano il *falsus creditor*. Se, dunque, un'impresa volta a rinvenire l'inesistente o ad argomentare tesi innovative senza sicuri appigli testuali sarebbe risultata priva di ogni fondamento e utilità – paragonabile alla 'battaglia contro i mulini a vento' di Don Chisciotte – ciò non toglie che un lavoro di ricerca che si proponesse di analizzare le figure di apparenza giuridica nel mondo romano non poteva certo esimersi dal prendere in considerazione anche il fenomeno del pagamento al creditore apparente, che nel nostro ordinamento rappresenta senza dubbio una delle principali manifestazioni del principio dell'*apparentia iuris*.

Nel far questo, oltre ad analizzare l'unica imprescindibile fonte che offre, seppur attraverso un breve inciso – peraltro, come visto, di discussa epoca – la definizione di *falsus creditor*, si sono analizzate anche svariate testimonianze in cui viene presa in considerazione la diversa figura dell'*adiectus solutionis causa*. Tutto questo non perché si sia incorsi in errore, confondendo due figure tra loro eterogenee, ma perché si ritiene che i due fenomeni – creditore apparente e *adiectus solutionis causa* – debbano necessariamente essere affrontati congiuntamente, per più motivi: da un lato, proprio per coglierne i tratti distintivi e per non rischiare un'indebita sovrapposizione tra gli stessi; dall'altro, per capire se l'apparenza giuridica come categoria possa attagliarsi soltanto alla figura dell'erede apparente o, viceversa, possa estendersi fino ad inglobare anche il soggetto individuato dal creditore vero come destinatario del pagamento e, dunque, come destinatario «aggiunto» – *adiectus* – appunto per l'adempimento.

In realtà, le conclusioni cui siamo giunti rispetto a questo secondo aspetto non possono che essere negative, in quanto la figura dell'*adiectus solutionis causa*, com'è evidente, non può considerarsi espressione di un fenomeno di apparenza, in quanto carente quantomeno sotto il profilo soggettivo. In

particolare, se dal punto di vista oggettivo potrebbe anche ipotizzarsi una sovrapposizione tra creditore apparente e *adiectus solutionis causa*, dal momento che entrambi si presentano al debitore come soggetti legittimati a ricevere il pagamento, anche se non sono i reali titolari del credito – e dunque appaiono creditori agli occhi del pagante, pur essendo sprovvisti di tale veste – tuttavia i due fenomeni si distinguono anzitutto sotto il profilo della legittimazione. Infatti, come visto, mentre il creditore agisce in via di mero fatto, senza aver ricevuto alcuna investitura formale da parte del creditore vero, l'*adiectus solutionis causa*, invece, opera proprio sulla base di un incarico o di una richiesta proveniente dal legittimo titolare, che dunque è consapevole e addirittura autorizza la riscossione. Anzi, talvolta, come dimostrato dalle fonti, la presenza dell'*adiectus* è «oggettivizzata», cioè è resa parte del regolamento contrattuale cui le parti si vincolano. In proposito, abbiamo, infatti, analizzato svariati passi in cui i soggetti, nell'effettuare un contratto di *stipulatio*, esplicitamente ammettono in via preventiva che un terzo possa intervenire come accipiente delle somme o delle *res* oggetto dell'obbligazione, o in generale come destinatario della prestazione promessa dallo *stipulator*, attraverso l'inserzione dell'inciso «*mihi aut Titio*»⁷⁶. In questo caso Tizio, ossia il terzo *adiectus* rispetto alle parti del rapporto obbligatorio (creditore e debitore), ha una legittimazione formale ad intervenire come accipiente del credito, legittimazione data *a priori* proprio da parte del creditore medesimo o, nel caso in cui la formula anzidetta sia inserita all'interno della *stipulatio*, da entrambe le parti⁷⁷. Laddove quella promessa sia effettuata inserendo al suo interno anche un terzo soggetto, è chiaro che questo entra a far parte del regolamento contrattuale voluto o quantomeno accettato da entrambe le parti, le quali non potranno dunque dirsi ignare circa la reale veste e l'effettivo ruolo svolto dal soggetto terzo da loro stesse 'aggiunto', rispetto al quale non potrà certo invocarsi un'apparente titolarità del credito. Non si pongono, quindi, in questo caso problemi di affidamento da parte del terzo in virtù del

⁷⁶ Tanto che, come abbiamo osservato, la ricorrenza di tale inciso, attestata in svariate occasioni e in diversi ambiti dei rapporti tra privati, ne dimostra senza dubbio la diffusione, tale da renderlo una vera e propria clausola stilistica, se non da elevarlo al rango di consuetudine.

⁷⁷ La *stipulatio* è, infatti, un contratto frutto dell'accordo e dell'incontro delle volontà dei due soggetti, creditore e debitore, l'uno che chiede la promessa, l'altro che la effettua.

comportamento tenuto dal soggetto accipiente, il quale, oltre all'apparenza di soggetto titolato a ricevere il pagamento, ne possiede evidentemente anche la sostanza.

Escluso dunque, per quanto appena riassunto, che la figura dell'*adiectus solutionis causa* possa rientrare nel concetto di apparenza, ed escluso anche che la figura del creditore apparente abbia conosciuto nel diritto romano una consistenza tale da renderla un istituto configurabile nella sua individualità, ci siamo tuttavia domandati se non dovesse comunque attribuirsi un qualche rilievo a quella per quanto isolata fonte che del *falsus creditor* fa menzione. Rispetto a tale interrogativo, ciò che in queste pagine si è timidamente cercato di sostenere è che se un giurista della levatura di Ulpiano ha voluto qualificare espressamente il *creditor* come *falsus*, creando così un parallelo rispetto alla figura del *falsus procurator*, ciò significa che le due figure erano percepite come assimilabili, quanto meno nella loro struttura giuridica, riflessa poi – anche per ragioni di ordine logico-espositivo, non certo estranee al pensiero giuridico romano – nella rispettiva struttura onomastica. Rispetto a ciò, peraltro, si ritiene che nulla rilevi l'asserita non autenticità dell'inciso che offre la definizione di *falsus creditor*, tacciato di essere frutto di un'aggiunta postclassica, in quanto ai nostri fini ciò che conta è che, al più tardi nell'opera di compilazione, si sia sentita la necessità di definire e, dunque, di isolare nella sua individualità, contribuendo così ad attribuirle un'identità propria, la figura del 'falso creditore', ossia di colui che si presenta agli occhi altrui, e in particolare agli occhi del debitore, come creditore, ma in realtà tale non è.

Tuttavia, sebbene tale aspetto accomuni indubbiamente il *falsus creditor* ulpiano al profilo del nostro creditore apparente dell'art. 1189 c.c., almeno a voler assecondare il desiderio di rinvenire un filo diretto che legghi passato e futuro, quasi senza soluzione di continuità, abbiamo in verità rilevato la differente prospettiva in cui i due fenomeni – *falsus creditor* delle fonti romane e creditore apparente del codice civile italiano – si inseriscono.

Infatti, come visto, se da un lato la disciplina relativa al creditore apparente nasce e si sviluppa in un'ottica di tutela del terzo contraente che, in buona fede, ha pagato al soggetto che ai suoi occhi appariva legittimato a ricevere detto pagamento, dall'altro il *falsus creditor*, esattamente come il *falsus procurator*, muovono da un'ottica punitiva del terzo che si spaccia per

qualcuno che non è, arrogandosi qualifiche e facoltà che in verità non gli spettano, in quanto non sono state conferite da nessuno (né dal vero creditore nel caso del *falsus creditor*, né dal rappresentato o dal mandante nel caso del *falsus procurator*).

Ciò risulta evidente se solo si osservi come sono presentate le situazioni in cui vengono in rilievo le due figure: da un lato, il furto del *falsus creditor* e, dall'altro, il pagamento al creditore apparente. In particolare, nel caso del *falsus creditor* delle fonti romane, ciò che si tende a sottolineare è la condotta illecita del creditore fittizio, che, ricevendo indebitamente il pagamento, non fa altro che appropriarsi illegittimamente della cosa altrui, commettendo così *furtum*. Nel contesto del diritto romano viene, dunque, posta l'attenzione sul comportamento illecito del terzo accipiente *sine iusta causa*, il quale proprio in virtù dell'illiceità della propria condotta, posta in essere in assenza di titolarità, induce a qualificare il *creditor* come *falsus*. In tale ottica, dunque, la fattispecie che vede protagonista il *falsus creditor* dovrebbe qualificarsi – in base alle nomenclature moderne – come 'apparenza colposa'; al contrario, il pagamento al creditore apparente nella costruzione del nostro codice civile configura un'ipotesi di 'apparenza pura', rilevante a prescindere dal contegno del creditore e dal suo eventuale concorso alla determinazione dello stato di apparenza. La prospettiva del moderno legislatore, infatti, muove dalla necessità e dalla volontà di tutelare il debitore che ha effettuato il pagamento ad un soggetto non legittimato a riceverlo, ma che appariva oggettivamente tale. La figura del creditore apparente – e dunque 'falso', non reale – rimane sullo sfondo, come elemento costitutivo della fattispecie che legittima un'inversione rispetto alla disciplina consueta in tema di pagamento, la quale autorizza solo ed esclusivamente il creditore o chi da lui designato – anche l'*adiectus* dunque – a riscuotere il dovuto.

Alla luce di tale distinzione e della diversa prospettiva in cui devono essere inquadrati i due fenomeni, riteniamo dunque di dover ribadire quanto in parte già avevamo anticipato nel concludere l'analisi del passo ulpiano che riporta il caso del *falsus creditor*, laddove osservavamo che in relazione ad esso i profili di frattura rispetto alla modernità superano quelli di continuità. Infatti, nonostante l'indiscussa assonanza concettuale e anche onomastica con cui i due istituti si presentano, le ragioni che li ispirano e le finalità che li

animano riducono questa apparente vicinanza, collocandoli, quantomeno sotto il profilo teleologico, su due piani differenti. Se così è, ci piace allora concludere questa nostra analisi prendendo in prestito le parole con cui Gaio – pur in tutt'altro contesto – sottolineava la distanza tra 'ciò che appare' e 'ciò che è', contrapponendo quanto è manifestato all'esterno alla sua intima e reale essenza: e, così, affermiamo che l'assimilazione tra creditore apparente e *falsus creditor* è, in verità, «*magis speciosa quam vera*»⁷⁸.

⁷⁸ La celebre affermazione è contenuta, com'è noto, nel frammento 190 del primo libro delle *Istituzioni* gaiane, con cui il giurista prende le distanze rispetto alla motivazione che i *veteres* avevano addotto a fondamento dell'istituto della tutela muliebre, giustificandola in ragione dell'asserita inferiorità e debolezza della donna sia dal punto di vista fisico (*infirmas sexus*), sia dal punto di vista psicologico (*levitas animi*): Gai. 1.190: «*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitae auctor fieri a praetore cogitur.*». Il riferimento alla «*levitas animi*» era, peraltro, già stato illustrato da Gaio nel precedente frammento 44, nel quale viene prospettata la distinzione tra il regime della tutela previsto per i soggetti impuberi (*tutela impuberum*), di genere maschile o femminile, e quello della tutela imposta alle donne, anche una volta raggiunta la pubertà (*tutela mulierum*): Gai. 1.144: «*Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpueribus, feminini vero inpueribus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*».

CAPITOLO IV

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELLA RAPPRESENTANZA E NEL MANDATO: RAPPRESENTANTE APPARENTE E *FALSUS* *PROCURATOR*

SOMMARIO: 1. La rappresentanza apparente e il *falsus procurator* nel diritto civile italiano. – 2. La ricerca di un antecedente storico: il *falsus procurator* nel diritto romano. – 3. Il fenomeno della rappresentanza in diritto romano. – 4. La nozione di *procurator*: il suo significato e le principali questioni interpretative. – 4.1. La distinzione tra *procurator omnium bonorum* e *procurator unius rei* e il rapporto con il *procurator ad litem*. – 4.2. L'origine del termine *procurator*: l'asserita «non giuridicità» dell'originario procuratore. – 5. *Procurator* «non mandatario» e *procurator* «simulatore»: i diversi orientamenti dottrinali sulla figura del *falsus procurator*. – 5.1. La tesi interpolazionista o «negativa»: il *falsus procurator* come «non mandatario». – 5.2. La tesi della simulazione o «positiva»: il *falsus procurator* come «simulatore». – 6. Il *falsus procurator* nelle fonti romane: *simulatio*, *mala fides* e *furtum*. – 6.1. Il pagamento al *falsus procurator* e la responsabilità per il *furtum* dei *nummi*. – 6.2. Il *falsus procurator* «sopravvenuto»: «*prius mandatum, deinde vetitum*». – 6.3. Un diverso tipo di «simulatore»: il *falsus procurator* e l'*usurpatio* dell'altrui identità. – 7. Osservazioni conclusive in tema di *falsus procurator* e rappresentante apparente: il «ritorno» della mala fede.

1. La rappresentanza apparente e il *falsus procurator* nel diritto civile italiano.

Concluso l'esame relativo alla figura del creditore apparente e alle conseguenze giuridiche di un pagamento eseguito nei suoi confronti, occorre adesso prendere in considerazione la diversa ipotesi in cui l'apparenza connota non la titolarità del diritto soggettivo, ma il potere di agire per conto del relativo titolare. Ci accingiamo, dunque, a trattare il fenomeno della rappresentanza apparente¹.

¹ In tema di rappresentanza apparente e di *falsus procurator* sono numerosi i contributi, provenienti sia dalla dottrina, sia, stante la matrice prettamente giurisprudenziale dell'istituto, dagli altri operatori del diritto, come dimostrano le varie note alle sentenze che si occupano dell'argomento. Fra i molti studi, ci limitiamo, senza pretesa di esaustività, ad indicarne alcuni: F. ACCETTELLA, *Pagamento di assegno non trasferibile a persona qualificatasi come rappresentante del prenditore* (nota a Cass. Civ., sez. I, 13 maggio 2005, n. 10118), in *Banca borsa*, 59/6 (2006), pp. 686-698; G. BALLARANI, s.v. *Rappresentanza*, in *Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, (diretta da Salvatore Patti), 12, Milano: Il Sole 24 ore: 2007, pp. 640-648; F. BILE, *Rappresentanza e mandato*, in *Enc. for.*, 6, Milano: Vallardi, 1961, pp. 89-99; F. BONELLI, *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*,

Tale ipotesi, come accennato nel capitolo introduttivo, non è espressamente contemplata dal nostro codice civile, a differenza degli istituti dell'erede e del creditore apparente, su cui ci siamo appena soffermati. Al contrario, la figura della rappresentanza apparente e, parimenti, il suo protagonista, ancora oggi definito quale *falsus procurator*, hanno matrice giurisprudenziale. Anzi, oggi sempre più spesso questioni afferenti a tali problematiche giungono davanti al giudice, anche di legittimità, dovendo dunque considerarsi a tutti gli effetti diritto vivente.

Volendo provare a descrivere tale fenomeno, occorre anzitutto partire dalle fattispecie contemplate dal nostro legislatore, che, pur non prendendo espressamente in considerazione il *falsus procurator*, disciplina il fenomeno della 'rappresentanza senza potere'. Questa, in particolare, può astrattamente configurarsi in due diverse ipotesi: *in primis*, laddove il soggetto abbia agito

Milano: Giuffrè, 1968; P. L. CARBONE, *Pagamento al rappresentante apparente del creditore: apparenza obiettiva o colpevole?* (nota a Cass. Civ., sez. II, 7 maggio 1992, n. 5436), in *Corr. giur.*, 7 (1992), pp. 759-766; G. CASSANO, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contr.*, 11/1 (2003), pp. 72-77; G. CECCHERINI, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus* (nota a Cass. Civ., sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299), in *Corr. giur.*, 12 (1999), pp. 1501-1510; G. COMINELLI, s.v. *Ratifica*, in *Dig. It.*, 20/1, Torino: UTET, 1915, pp. 158-168; P. D'AMICO, s.v. *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 29, Roma, 1993; W. D'AVANZO, s.v. *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 14, Torino: UTET, 1968, pp. 800-832; G. FRÈ, s.v. *Rappresentanza (diritto privato)*, in *N. Dig. It.*, 10, Torino: UTET, 1937, pp. 1096-1100; M. GRAZIADEI, s.v. *Ratifica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 16, Torino: UTET, 1996, pp. 303-310; A. GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli: Jovene, 1953, pp. 1-60; G. MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del "dominus"* (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 giugno 1946, n. 766), in *Foro it.*, 1 (1947), pp. 380-383; G. MIRABELLI, s.v. *Ratifica (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino: UTET, 1937, pp. 879-894; U. NATOLI, s.v. *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 38, Milano: Giuffrè, 1987, pp. 463-485; R. NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, in *Raccolta di scritti*, 1, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 357-380; A. ORESTANO, *Apparenza "colposa": riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza di S.p.A.* (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 settembre 1995, n. 9902), in *Corr. giur.*, 6 (1996), pp. 671-680; F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli: Morano, 1964; F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, (con introduzione di G. Furguele), Napoli: ESI, 2015; E. ROPPO, *Apparenza di procura e imputazione al "dominus" degli effetti del contratto stipulato dal "mandataire apparent"* (nota a Cass. Francia, sez. I, 29 aprile 1969), in *Foro it.*, 4 (1971), pp. 375-388; N. SAPONE, *Il falso rappresentante. Principi acquisiti e questioni aperte*, Milano: Giuffrè, 2011; M. TAMMARO, *Apparenza del diritto e contratto concluso dal falsus procurator*, in *Obbl. e contr.*, 8/3 (2012), pp. 191-207; C. TOMASETTI, *Rappresentanza senza potere*, in P. CENDON, *La responsabilità civile, I. La colpa nella responsabilità civile*, Torino: UTET, 2006; A. TORRENTE, *In tema di procura apparente* (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 dicembre 1957, n. 4703), in *Foro it.*, 1 (1958), pp. 391-392; S. TRANIELLO, *Preposizione istitutoria ed apparenza: brevi note su orientamenti giurisprudenziali vecchi e nuovi* (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020), in *Giur. it.*, 1/1 (1993), pp. 2087-2092; H. L. E. VERHAGEN, *The liability of the falsus procurator*, in *ERPL*, 17/6 (2009), pp. 1003-1010; nonché, sempre in tema di *falsus procurator*, la recente nota a sentenza di V. ZIRAFÀ, *L'apparenza del diritto: una recente applicazione del principio nell'ambito delle associazioni dilettantistiche sportive* (nota a Cass. Civ., 27 gennaio 2015, n. 1451), in www.ildirittoamministrativo.it.

senza aver ricevuto dal *dominus* alcun conferimento del potere rappresentativo (cosiddetto 'difetto di rappresentanza'); in secondo luogo, laddove, pur disponendo di tale potere, abbia agito eccedendone i limiti (cosiddetto 'eccesso di rappresentanza'). In tali casi, dunque, stando al regime ordinario del codice, il negozio eventualmente concluso dal rappresentante in assenza del relativo potere, sarà del tutto inefficace²: infatti, non potrà produrre effetti né nella sfera giuridica del rappresentato, essendo il rappresentante privo del necessario potere rappresentativo; né tantomeno potrà produrli nella sfera giuridica del rappresentante, il quale ha agito spendendo il nome altrui. Il negozio posto in essere dunque, secondo l'opinione prevalente, si trova in uno stato di quiescenza: una sorta di 'limbo' dantino, nel quale rimarrà confinato fintantoché non intervenga un'eventuale ratifica da parte del *dominus*. L'atto di ratifica, infatti, costituisce una sorta di sanatoria del difetto di legittimazione del rappresentante, con cui il *dominus* sceglie di autorizzare *ex post* l'affare concluso dal *falsus procurator*, assumendone in proprio gli effetti.

Laddove, invece, il *dominus* non intenda ratificare l'operato del rappresentante apparente, in capo a quest'ultimo sorgerà una responsabilità nei confronti dei terzi. In particolare, il *falsus procurator* sarà chiamato a rispondere del danno che il terzo contraente abbia eventualmente sofferto per aver confidato nella validità del contratto.

Il risarcimento, in particolare, in base al modello indicato all'articolo 1398 c.c.³, è limitato al solo interesse negativo, cioè all'interesse del terzo a non essere coinvolto in stipulazioni invalide o inefficaci. L'affidamento del terzo, però, per legittimare la richiesta di risarcimento dovrà essere incolpevole e, dunque, scusabile. Al contrario, il risarcimento sarà escluso in caso di errore

² Per la verità, in dottrina (come rilevato da A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 10 ss.) si discute in ordine alla sorte del contratto concluso dal *falsus procurator*, essendosi sostenute la tesi della nullità, del negozio a formazione progressiva e dell'inefficacia. Netamente prevalente è quest'ultima tesi: il negozio posto in essere dal falso rappresentante in realtà è già completo e come tale vincola le parti.

³ Art. 1398 c.c.: «Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto.»

inescusabile, cioè evitabile mediante l'ordinaria diligenza o, addirittura, frutto del concorso colposo del terzo stesso⁴.

Quanto alla natura della responsabilità del *falsus procurator* nei confronti del terzo contraente, questa, per come è configurata dall'art. 1398 c.c., pare inquadrabile nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Tale responsabilità, infatti, non deriva da un inadempimento contrattuale del falso rappresentante, che, non avendo agito in nome proprio, non ha assunto alcuna obbligazione. La sua responsabilità, piuttosto, deriva dalla lesione della libertà negoziale del terzo, che è stato indotto, dolosamente o quantomeno colposamente, a stipulare un contratto invalido. Per questo motivo, la giurisprudenza maggioritaria è, dunque, propensa ad includere la responsabilità del *falsus procurator* nell'ambito della responsabilità aquiliana⁵, e, nello specifico, della responsabilità precontrattuale *sub specie* di *culpa in contrahendo*⁶. Il danno risarcibile è, di conseguenza, limitato al cosiddetto interesse negativo, declinato nella duplice componente del danno emergente (ossia le spese vive sostenute dal danneggiato e le perdite strettamente dipendenti dalle trattative) e del lucro cessante (cioè il mancato vantaggio che sarebbe potuto derivare da ulteriori trattative, non intrattenute a causa dell'affare in corso); il risarcimento non si estende, invece, all'interesse positivo all'adempimento del contratto non concluso.

Posta, dunque, la responsabilità del *falsus procurator* per i danni eventualmente arrecati ai terzi attraverso la propria attività negoziale non

⁴ Sussiste 'colpa inexcusable' laddove il terzo avrebbe potuto evitare di incorrere in errore mediante l'impiego della normale prudenza nella conduzione degli affari, ossia attraverso un'adeguata utilizzazione degli strumenti legali di pubblicità. Si ritiene, inoltre, che l'errore non sia scusabile qualora il conferimento dei poteri rappresentativi debba avvenire mediante l'impiego della forma scritta *ad substantiam*.

⁵ Sull'inquadramento della responsabilità precontrattuale all'interno di quella aquiliana, in verità, non tutti concordano. Pur essendo la tesi della responsabilità extracontrattuale indubbiamente maggioritaria sia in dottrina che in giurisprudenza, taluno sostiene che sia preferibile inquadrare il fenomeno come responsabilità contrattuale, nella peculiare accezione di responsabilità 'da contatto sociale'. Trattasi di questione complessa, che in questa sede non è possibile approfondire. Ai fini della presente esposizione, sarà sufficiente prospettare il problema, rinviando per i necessari approfondimenti ai manuali e ai trattati di diritto civile.

⁶ L'espressione «*culpa in contrahendo*» viene utilizzata nel moderno linguaggio giuridico come sinonimo della cosiddetta responsabilità precontrattuale (disciplinata dagli artt. 1337-1338 c.c.). Essa identifica, in particolare, la responsabilità che sorge a causa di tutti quei comportamenti scorretti, lesivi dell'obbligo di buona fede, che siano stati posti in essere da una delle parti, o anche da entrambe, durante la fase delle trattative che precedono la conclusione del contratto.

autorizzata, nessuna conseguenza dovrebbe invece prodursi nella sfera giuridica del falso rappresentato che non proceda alla ratifica. La soluzione però potrebbe essere diversa, laddove, si configuri la fattispecie che la giurisprudenza definisce appunto come 'rappresentanza apparente', in presenza della quale il contratto concluso dal *falsus procurator* sarà, in deroga alla regola generale, produttivo di effetti nei confronti del rappresentato apparente. Un effetto dirompente, che ribalta l'ordinario regime, comportando «una traslazione del rischio del vincolo contrattuale dal terzo contraente al falso rappresentato»⁷. Proprio in ragione della rilevanza di tali effetti, l'operatività della rappresentanza apparente esige dei requisiti stringenti, che la giurisprudenza ha individuato sia sul piano oggettivo che soggettivo. In particolare, sotto il primo profilo è necessaria, come di consueto, una situazione di oggettiva apparenza tale da indurre in errore il terzo; ciò tuttavia non è sufficiente per l'integrazione della fattispecie, che richiede altresì uno stato quantomeno colposo del rappresentante che deve aver contribuito a determinare nel terzo il legittimo affidamento di negoziare con un soggetto a ciò titolato⁸.

Da quanto rilevato, quindi, risulta chiaro quello che già avevamo anticipato nel capitolo precedente, ossia che la rappresentanza apparente configura un'ipotesi di apparenza non 'pura', bensì 'colposa'⁹. Infatti, rispetto alla rappresentanza negoziale, l'apparenza pura, fondata unicamente su circostanze obiettive, non assume rilievo e, pertanto, non può prevalere sull'assenza del potere rappresentativo. In questo caso, dunque, opererà l'ordinario regime descritto agli articoli 1398 e 1399 c.c. per le ipotesi di rappresentanza senza potere. Al contrario, le conseguenze potranno essere

⁷ A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 19.

⁸ Peraltro, a riguardo la dottrina sottolinea come la *ratio* dell'estensione della responsabilità in capo al rappresentante apparente non risieda nel conferimento di una sorta di procura tacita, ma piuttosto nel principio di affidamento e di quello, spesso invocato quale suo fondamento, di autoreponsabilità. Infatti, alla base dell'elaborazione giurisprudenziale della figura della rappresentanza apparente vi è l'esigenza di individuare una forma di tutela integrativa o alternativa rispetto a quella prevista dall'art. 1398 c.c. nei confronti del terzo che abbia incolpevolmente confidato nell'efficacia del negozio concluso con chi credeva essere l'effettivo rappresentante. Ciò tuttavia, purché questi abbia col proprio comportamento, doloso o colposo⁸, contribuito ad ingenerare o alimentare lo stato di apparenza, determinando l'errore altrui.

⁹ Sulla distinzione tra apparenza 'pura' e apparenza 'colposa' si rinvia alla spiegazione contenuta nel primo capitolo del presente lavoro: cfr. *supra*, cap. 1, par. 2.1.

diverse nel caso in cui l'apparenza sia 'colposa', ossia qualora alla determinazione della stessa abbia contribuito anche il comportamento del rappresentato apparente, che abbia per negligenza o addirittura in via preordinata determinato l'altrui convinzione – purché naturalmente frutto di errore scusabile – di aver a che fare col vero rappresentante.

2. La ricerca di un antecedente storico: il *falsus procurator* nel diritto romano.

Una volta inquadrato l'istituto della rappresentanza apparente sia dal punto di vista oggettivo, come fenomeno, sia dal punto di vista soggettivo, mediante la figura del *falsus procurator*, che ne è il protagonista, possiamo adesso, seguendo l'impostazione accolta nei capitoli precedenti, cercare di calare il fenomeno nel passato, per valutare se lo stesso fosse riconosciuto anche dal diritto romano e contemplato dagli antichi giuristi.

In questo caso, rispetto alle altre manifestazioni del principio dell'*apparentia iuris*, analizzate nei capitoli precedenti, il nostro discorso risulta senza dubbio agevolato dalla presenza di un recente studio specificamente dedicato all'argomento. Ci riferiamo, in particolare, al volume di Antonino Milazzo, il quale per primo ha dedicato una monografia all'evoluzione storica del falso rappresentante¹⁰, indagando in maniera

¹⁰ In particolare, è ancora A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 28 a constatare che la trattazione del *falsus procurator* nell'ambito del diritto romano non aveva, «finora, formato oggetto i studi monografici», essendosi la dottrina concentrata su singoli aspetti ad esso attinenti e collegati, quali la nozione di *procurator*, il mandato, la *negotiorum gestio*, ma senza affrontare direttamente il tema del falso rappresentante. Lo stesso autore (ID, p. 30), tuttavia, segnala, tra i «rari» contributi scientifici «vertenti specificamente sulla tematica del *falsus procurator*», il «risalente studio del Donatuti» [G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, 2. *Verus et falsus procurator*, in *Annali dell'Università di Perugia: pubblicazione della Facoltà di giurisprudenza*, 33 (1921), pp. 671-701 (= *Studi di diritto romano*, 1, Milano: Giuffrè, 1976, pp. 135-158, a cui, d'ora in avanti, le citazioni si riferiranno)], il quale si occupò proprio della distinzione tra *verus* e *falsus procurator*, a sua volta partendo dall'analisi compiuta da Emilio Albertario intorno alla figura del *procurator unius rei* (cfr. E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in *SIGP*, 6 (1921), pp. 87-114 (= *Studi di diritto romano*, 3, Milano: Giuffrè, 1936, pp. 495-521). Di Donatuti è opportuno menzionare anche il successivo contributo, sempre in tema di *procurator*: G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, 1. *Dell'obbligo a dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in *AG*, 89 (1923), pp. 190-222 (= *Studi di diritto romano*, 1, Milano: Giuffrè, 1976, pp. 103-133). Fra i successivi contributi di Emilio Albertario, poi, preme ricordare, per la stretta attinenza al tema oggetto di questo capitolo: E. ALBERTARIO, *Ancora verus e falsus procurator*, in *SDHI*, 2/1 (1936), pp. 167-170.

capillare il tema del *falsus procurator* attraverso le testimonianze delle fonti romanistiche.

È dunque forse superfluo, ma intellettualmente doveroso, dichiarare che il presente capitolo ha ampiamente attinto dalla sua ricerca, che ha rappresentato l'imprescindibile punto di partenza di questa analisi, suggerendo importanti spunti sia quanto ai principali problemi posti dall'argomento, sia per quanto concerne i più importanti riferimenti bibliografici ad esso inerenti. Il recente studio di Milazzo ha, perciò, rappresentato la 'stella polare' di questo capitolo, offrendoci un chiaro quadro di insieme sul tema del *falsus procurator* e consentendoci di individuare le principali problematiche da esso discendenti. Da questo, infatti, abbiamo preso le mosse per individuare e selezionare gli aspetti che più ci sono parsi interessanti ai fini della nostra ricerca e che abbiamo deciso di riprendere e di riproporre, pur attraverso una diversa chiave di lettura, nel presente lavoro.

Anche in questo caso, infatti, l'argomento – come avvenuto nei capitoli precedenti per l'erede apparente e per il creditore apparente, e come avverrà nel prossimo per i rapporti coniugali di fatto – non sarà affrontato in maniera generale e omnicomprensiva: anche perché ciò significherebbe, stante la segnalata presenza del recente studio monografico in tema di *falsus procurator*, violare platealmente il principio del '*ne bis in idem*', rischiando oltretutto di tradurre questa parte del lavoro in un sostanziale duplicato, privo di un benché minimo valore aggiunto rispetto alle ricerche da altri già compiute. Al contrario, l'idea è stata quella di selezionare e isolare – qui, sì, traendo spunto anche e soprattutto dallo studio di Milazzo – singoli specifici aspetti della falsa rappresentanza, che ci sono parsi esemplificativi e rappresentativi del fenomeno che abbiamo cercato di mettere in luce con la nostra ricerca, e dunque funzionali al sostegno della nostra tesi: ossia che, pur nelle loro diversità e specificità, tutte le fattispecie analizzate in questo lavoro risultano in ultima analisi espressive di un fenomeno di 'apparenza', che, se certamente non fu mai enucleato in veste di principio, non fu però affatto sconosciuto dall'ordinamento antico: il quale, come le voci dei giuristi dimostrano, ha cercato di predisporre per ogni fattispecie, nei diversi ambiti, la risposta giuridicamente più appropriata, o meglio *aequa*.

In quest'ottica di selezione, ci è parso anzitutto doveroso inquadrare il fenomeno della rappresentanza nel diritto romano, tenuto conto delle importanti differenze rispetto allo stesso istituto come da noi concepito e conosciuto. Una volta conclusa tale sostanziale premessa, ad essa seguirà, in maniera fisiologicamente conseguenziale, una breve trattazione in ordine alla figura del *procurator* nelle fonti romane, su cui larga parte della dottrina ha concentrato i propri studi¹¹, sostenendo tesi e giungendo ad esiti – come vedremo – tra loro anche fortemente discordi. Il discorso in ordine al *procurator*, per così dire generico, fungerà dunque da preludio rispetto ai successivi paragrafi, in cui finalmente lo stesso sarà visto nella sua specificazione e nella sua veste apparente, di *falsus procurator*, così come letta e interpretata dalle diverse teorie dottrinali. All'inquadramento dogmatico e teorico del problema, sarà poi aggiunta qualche esemplificazione pratica, come sempre tratta dalla casistica restituitaci dalle fonti dei giuristi romani.

3. Il fenomeno rappresentativo nel mondo antico: le principali forme di rappresentanza note al diritto romano.

Dovendo affrontare dunque il tema del *falsus procurator* nel diritto romano, diviene imprescindibile premettere qualche fondamentale nozione in ordine alla rappresentanza così come era configurata nel sistema giuridico di Roma antica, tenuto conto delle significative differenze intercorrenti rispetto all'istituto come a noi noto.

¹¹ Per l'analisi manualistica dei concetti di *procurator* e di *falsus procurator* nel diritto romano, si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 351 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 400 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 209 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 213 ss. e 413 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 185 ss., 501; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., pp. 268, 393 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 272, 640; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 162, 342; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., p. 326 e 431; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 268 ss., 343, 604; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 149 ss., 529 ss.

Volendo brevemente inquadrare il fenomeno della rappresentanza nell'ambito del diritto romano¹², occorre anzitutto ricordare che quest'ultimo non concepiva il fenomeno rappresentativo come siamo abituati a pensarlo oggi. Com'è noto, il nostro ordinamento distingue all'interno del fenomeno rappresentativo complessivamente inteso, due principali forme di rappresentanza, tradizionalmente qualificate come diretta o indiretta, che differiscono in virtù della diversa posizione assunta dal rappresentante rispetto al rappresentato e, conseguentemente degli effetti giuridici discendenti dai negozi da questo conclusi. In particolare, si ha rappresentanza diretta allorquando il rappresentante agisca in nome e per conto del rappresentato, spendendo il nome di quest'ultimo (cosiddetta *contemplatio domini*) nel compimento dei diversi atti giuridici, che produrranno dunque direttamente effetti in capo al rappresentante. Nel caso in cui la rappresentanza sia, invece, indiretta, il rappresentato agirà per conto altrui ma in nome proprio: non si avrà, perciò, in questo caso spendita del nome del rappresentato, la cui presenza non figurerà nei rapporti con i terzi instaurati dal rappresentante. Di conseguenza gli effetti si produrranno nella sfera giuridica di quest'ultimo, che sarà poi tenuto a ritrasferirli in capo al rappresentato, nell'interesse del quale ha agito. Sarà dunque in questo caso necessario un ulteriore negozio – o più negozi – perché gli effetti giuridici sorti nella sfera giuridica del rappresentante ricadano in quella del rappresentato.

In ogni caso, l'elemento fondamentale della rappresentanza, quale essa sia, è il medesimo, e consiste nello sdoppiamento di una delle parti del negozio giuridico: quest'ultimo, infatti, invece di essere posto in essere dal reale titolare del diritto, viene concluso da un soggetto diverso, che è però legittimato,

¹² Per un inquadramento generale della rappresentanza nell'ambito del diritto romano si vedano, ancora una volta, i principali manuali istituzionali: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 93 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova: CEDAM, 1942, pp. 222 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 331 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 208 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 60 ss. e 403 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 182 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., pp. 267 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 271 ss.; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 162 ss.; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., pp. 210 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 264 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 146 ss.

proprio in virtù del potere ricevuto – in via unilaterale, mediante procura, o, bilaterale, in esecuzione di un contratto di mandato – a sostituirsi a lui.

Da quanto detto è possibile allora ricavare quale sia l'essenza della rappresentanza, la sua ragion d'essere e la sua finalità: la sostituzione della volontà del soggetto titolare del diritto (rappresentato) con la volontà di un altro soggetto (rappresentante). Infatti, solamente laddove questo secondo soggetto intervenga nel negozio giuridico con la propria volontà si configura un fenomeno di tipo rappresentativo. Al contrario, qualora il rappresentante, nel corso dell'attività negoziale a lui affidata, si limiti a seguire, potremmo dire, le istruzioni le istruzioni del rappresentato, semplicemente conformandosi alle sue direttive e senza intervenire neppure in minima parte con la propria volontà, non agirà in veste di rappresentante, ma piuttosto di messaggero, mero portavoce o, volendo usare il nome latino, *nuncius*¹³. In questo caso, infatti, il soggetto non rilascia una propria dichiarazione di volontà, ma funge da semplice mezzo di comunicazione di quella altrui, al pari di altri strumenti, quali una lettera o in generale un testo scritto: non a caso le fonti lo citano, con formule pressoché identiche, come alternativo alla scrittura per la conclusione dei negozi tra assenti (*vel per epistulam vel per nuntium ... et per nuntium et per litteras ... per litteras eius vel per nuntium*). Pertanto, con riferimento al mero *nuncius* non potrà applicarsi la disciplina relativa alla rappresentanza, trattandosi di due fenomeni ontologicamente tra loro diversificati.

Naturalmente la scissione sopra prospettata tra rappresentanza diretta e indiretta è interna al fenomeno della rappresentanza cosiddetta 'volontaria', e non attiene alla diversa tipologia di rappresentanza 'legale'. L'elemento distintivo fra le due forme di rappresentanza risiede nella fonte del potere rappresentativo, discendente, com'è intuibile, nel primo caso dalla volontà delle parti e nel secondo dalla legge. Questa seconda tipologia di rappresentanza ricorre, normalmente, quando vi sia la necessità di tutelare un soggetto incapace: non a caso, esempi tipici di rappresentanti legali si

¹³ D. 2.14.2.pr. (Paul. 3 *ad ed.*): «*Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur.*»; D. 18.1.1.2 (Paul. 33 *ad ed.*): «*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.*»; D. 23.2.5 (Pomp. 4 *ad Sab.*): «*Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.*»

rinvengono nei confronti dei minori o dei soggetti altrimenti incapaci, ad esempio in virtù di un'infermità psichica o fisica più o meno grave (come avviene negli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, nonché nelle ipotesi, residuali, in cui si rende necessario ricorrere all'amministrazione di sostegno). In questi casi, la legge attribuisce la rappresentanza rispettivamente ai loro genitori, per quanto riguarda i minori, e ai tutori o curatori, per quanto riguarda i soggetti interdetti o inabilitati, dove i primi assumono nei confronti dei secondi la veste di rappresentanti legali.

Il fenomeno della rappresentanza legale, peraltro, non era ignoto neppure al diritto romano, che conosceva sia la figura della tutela che quella della curatela. La prima, in particolare, si rendeva sempre necessaria nei confronti degli impuberi, ossia tutti quei soggetti, di sesso maschile o femminile, che non avessero ancora raggiunto l'età pubere¹⁴, alla quale si presumeva conseguito quel livello minimo di maturità psicofisica necessaria per l'attribuzione della capacità di agire, ossia la possibilità di rendersi parte attiva nelle relazioni giuridiche attraverso la conclusione e il compimento di negozi giuridicamente rilevanti. In questo caso, al minore (*pupillus*) era assegnato da un tutore (*tutor impuberis*)¹⁵, che lo assisteva nel compimento degli atti che altrimenti questi da solo non avrebbe potuto compiere, sostituendosi ad esso o affiancandolo a seconda dell'età raggiunta. Una diversa forma di tutela era poi quella muliebre, prevista per le donne, quale che fosse la loro età: infatti, i soggetti di sesso femminile nella società di Roma antica necessitavano sempre dell'assistenza di un tutore – tanto che si è parlato in dottrina di «tutela a vita» –, nella veste di

¹⁴ Il raggiungimento della pubertà seguiva un diverso regime in base al genere del soggetto coinvolto: tale soglia, infatti, si presumeva raggiunta ad un'età diversa per i maschi e per le femmine, in particolare quattordici anni per i primi e dodici per le seconde. La questione verrà meglio approfondita nel capitolo V, par. 4.1.3, quando parleremo del requisito dell'età richiesta ai nubendi per la conclusione di un valido matrimonio (*matrimonium iustum*).

¹⁵ Sulla rappresentanza del tutore nei confronti del pupillo, si vedano i fondamentali studi di Siro Solazzi, articolati su quattro contributi pubblicati in sequenza sul *Bullettino di diritto romano*: S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (*Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano*), in *BIDR*, 22 (1910), pp. 5-108; S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (*Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano*) (*Continuazione*), in *BIDR*, 23 (1911), pp. 119-185; S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (*Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano*) (*Continuazione*), in *BIDR*, 24 (1911), pp. 116-169; S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (*Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano*) (*Continuazione e fine*), in *BIDR*, 25 (1912), pp. 89-129.

tutor impuberis fino al compimento dei dodici anni, e di *tutor mulieris* per il tempo successivo¹⁶.

Diversa figura di rappresentante legale era invece quella del curatore, che già anticamente era prevista per affiancare il *prodigus* (*cura prodigi*), ossia lo «sperperatore», cioè quel soggetto che manifestava una incontrollabile e patologica tendenza a dissipare il patrimonio, o il *furiosus* (*cura furiosi*), ossia affetto da pazzia o infermità mentale. A tali diverse ipotesi di curatori si affiancò poi in proseguo di tempo un'ulteriore figura, quella del *curator minorum XXV annorum* – introdotto dalla *lex Laetoria de circumscriptione adolescentium*, probabilmente del 191 a.C. – prevista a tutela dei soggetti minori di venticinque anni, i quali, proprio a causa della loro giovane età, avrebbero facilmente rischiato di subire raggiri nel compimento dell'attività negoziale. Da notare che, tutti questi casi di rappresentanza legale, pur nelle loro differenti strutture e funzioni, sono accomunati dal fatto che, quantomeno nella configurazione iniziale, sulla finalità protettiva del soggetto debole, che è alla base delle moderne ipotesi di rappresentanza legale, prevale quella

¹⁶ La celebre espressione è di Eva Cantarella: cfr. E. CANTARELLA, *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano: Feltrinelli, 2012 (8ª ed.), pp. 66 ss.; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano: Feltrinelli, 2011 (3ª ed.), pp. 182 ss.; e già prima: E. CANTARELLA, *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Roma: Editori Riuniti, 1985. La ragione della necessità di tale tutela perpetua per le donne veniva tradizionalmente attribuita alla asserita inferiorità fisica e psichica del sesso femminile: Gai. 1.144: «*Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpueribus, feminini vero inpueribus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*». Anche se lo stesso Gaio dimostra, in un successivo passo delle sue *Institutiones* (da noi già citato, sebbene ad altri fini: cfr. cap. 3 par. 5 e cap. 5 par. 8), di non condividere tale prospettiva, ritenendo che la motivazione addotta dai *veteres* sia in verità più apparente che reale: Gai. 1.190: «*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.*».

potestativa¹⁷, come dimostra la celebre endiadi serviana con cui il giurista – stando a quanto ci riporta Paolo – la definisce come «*vis ac potestas*»¹⁸.

Al di là di tali figure di rappresentanza legale, quella che qui interessa è l'altra figura di rappresentanza, ossia quella che abbiamo già definito come volontaria. Tuttavia, occorre avvisare che rispetto alla distinzione prospettata in apertura di questo paragrafo, il diritto romano conosce soltanto una delle due figure di rappresentanza e, in particolare, unicamente quella indiretta. Il sistema di *ius civile* non giunse mai, invece, a riconoscere espressamente una forma diretta di rappresentanza, essendo principio di *ius civile* – sancito sia con riferimento ai negozi reali («*per extraneam personam nobis adquiri non posse*») che con riferimento a quelli obbligatori («*alteri stipulari nemo potest*») – quello che escludeva a possibilità di obbligarsi o acquistare tramite terzi¹⁹. Anche se, in concreto, effetti analoghi a quelli scaturente dalla rappresentanza diretta furono in parte raggiunti grazie all'attività giurisdizionale-creativa del pretore, il quale, attraverso una serie di deroghe e temperamenti, rese possibile in certi casi che il negozio potesse produrre effetti immediati nella sfera giuridica di un soggetto diverso da quello che lo aveva posto in essere. Fra gli

¹⁷ S. SOLAZZI, s.v. *Tutela e curatela (diritto romano)*, 1: *Tutela*, in *Noviss. Dig. It.*, 19, Torino: UTET, 1973, pp. 915-918 [seguito da: F. SITZIA, s.v. *Tutela e curatela (diritto romano)*, 2: *Curatela*, in *Noviss. Dig. It.*, 19, Torino: UTET, 1973, pp. 918-919]: «La tutela è stata prima un diritto ed un potere del tutore, una privata funzione in rapporto con la famiglia romana». Sulla definizione di tutela come «*vis ac potestas*» si vedano, inoltre, le recenti osservazioni di F. BRIGUGLIO, *Servio Sulpicio e la definizione di tutela: vis ac potestas o ius ac potestas?*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, 1, C. RUSSO RUGGERI (a cura di), Milano: Giuffrè, pp. 163-179, a cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

¹⁸ D. 26.1.1.pr. (Paul. 38 ad ed.): «*Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*».

¹⁹ L'assenza di rappresentanza diretta nel diritto romano viene normalmente argomentata in dottrina sulla base dei principi, desumibili rispettivamente dalle parole di Ulpiano e di Gaio, per cui «*alteri stipulari nemo potest*» e «*per extraneam personam nobis adquiri non posse*». Cfr. D. 45.1.38.17 (Ulp. 49 ad Sab.): «*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum ut alii detur, nihil interest mea. [...]*». Gai. 2.95: «*Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse; [...]*». Dell'acquisto *per extraneam personam* e delle diverse categorie di soggetti attraverso cui è possibile acquistare per mezzo di altri si occupa anche Gaio (Gai 2.86-2.94), su cui cfr. F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, 1, cit., in particolare cap. 2 («*L'acquisto del possesso per mezzo del procurator*»), pp. 45 ss. Una ricognizione riassuntiva circa lo stato della dottrina romanistica sul tema della rappresentanza è stata, infine, recentemente offerta da P. P. ONIDA, *Agire per altri o agire per mezzo di altri: appunti romanistici sulla rappresentanza*, Napoli: Jovene, 2018, alle cui osservazioni si rinvia.

strumenti all'uopo utilizzati rientra la particolare categoria delle *actiones adiecticiae qualitatis* e le relative formule con trasposizione di soggetti²⁰, grazie a cui fu di fatto resa possibile la produzione in capo al *paterfamilias* degli effetti giuridici scaturenti da negozi conclusi dai soggetti sottoposti alla sua *potestas*, figli o schiavi che fossero²¹.

Chiarito che quando parliamo di rappresentanza nell'ambito del diritto romano facciamo riferimento alla sua forma indiretta, occorre vagliare quali fossero le figure di rappresentanti indiretti conosciuti dal diritto di Roma antica. Ed ecco che, a tale proposito, incontriamo finalmente la figura del *procurator*, del quale occorrerà dunque chiarire il significato, la portata e l'ampiezza, cercando di valutarne i rapporti rispetto alla figura del mandatario e, in generale, agli altri soggetti destinatari di un *iussum domini*, ossia che abbiano ricevuto un'apposita autorizzazione da parte di un altro soggetto (*dominus*), interessato all'affare nel quale desidera essere rappresentato.

4. La nozione di *procurator*: il suo significato e le principali questioni interpretative.

²⁰ Sulle *actiones adiecticiae qualitatis* come ipotesi di *actiones ficticiae* cfr. cap. 1, par. 3.2 (in particolare: p. 32, nt. 70). Per un approfondimento sulla figura del *procurator* nell'ambito dell'*actio institoria*, si veda M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in Iura, 53 (2002), pp. 57-176. Sul tema della rappresentanza negoziale nell'esperienza di Roma antica si veda, inoltre, G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in Index, 9 (1980), pp. 193-229.

²¹ Da questo punto di vista, infatti, schiavi e figli sono del tutto equiparati: entrambi, in quanto soggetti privi di capacità giuridica – i figli sono infatti *alieni iuris* fino alla morte del proprio *pater*, salva l'ipotesi di *emancipatio*, mentre gli schiavi sono giuridicamente considerati *res*, per quanto «*pretiosiores*» (Gai. 1.192) – non possono essere destinatari degli effetti giuridici discendenti dai negozi giuridici da questi eventualmente conclusi. Il solo centro di interessi giuridici è, infatti, rappresentato dal *pater familias*, unico soggetto *sui iuris* e dunque giuridicamente capace. Cfr. Gai. 2.87: «*Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquirunt: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; [...]*». Nei suoi confronti, tuttavia, gli effetti giuridici dei negozi conclusi dai suoi sottoposti – che, pur incapaci giuridicamente, sono però dotati di capacità di agire – si produrranno soltanto nel caso in cui siano positivi. Ciò in virtù del principio vigente in diritto romano, e chiaramente attestato dalle parole di Gaio, per cui i sottoposti possono soltanto accrescere e mai diminuire il patrimonio dell'avente potestà: Cfr. D. 50.17.133 (Gai. 8 ad ed. prov.): «*Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*» Sul punto cfr. F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator, I. L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 47, il quale a sua volta rinvia a M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Roma-Bari: Laterza, 1999 (ed. Roma-Bari: Laterza, 2001), p. 156, nt. 16 (cfr. anche la relativa recensione di P. GRÖSCHLER, *Rec. I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura (M. Bretone)*, in ZRG, 117 (2000), pp. 578-590.

4.1. La distinzione tra *procurator omnium bonorum* e *procurator unius rei* e il rapporto con il *procurator ad litem*.

Con il termine *procurator* le fonti romane individuano due diverse tipologie di rappresentante: da un lato il *procurator omnium rerum* o *omnium bonorum*²², dall'altro il *procurator unius rei*²³. Tali specificazioni aggiunte al termine *procurator* servono, com'è intuibile, ad individuare l'ampiezza del potere rappresentativo concesso al rappresentante: nel secondo caso, infatti, tale potere sarà limitato alla gestione di un singolo e specifico affare (*unius rei*), la conclusione del quale viene demandata dal rappresentato ad altro soggetto; nel primo caso, invece, il potere rappresentativo raggiungerà la sua massima ampiezza, essendo attribuito in via generale e, dunque, riferito alla totalità (*omnium rerum*) degli affari facenti capo al rappresentato. La presenza di queste due diverse tipologie di *procuratores* è attestata chiaramente dal seguente passo di Ulpiano, il quale le accomuna per quanto concerne la loro modalità di costituzione, realizzabile sia tra persone presenti (*coram*) che tra soggetti assenti e, in quest'ultimo caso, sia per il tramite di un terzo portavoce (*per nuntium*) che attraverso una lettera (*per epistulam*).

D. 3.3.1.1 (Ulp. 9 *ad ed.*)

*Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest
constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam [...]*

Tuttavia, nel medesimo brano Ulpiano attesta la presenza di un disallineamento all'interno degli stessi giuristi in ordine alla opportunità di considerare questa seconda categoria di rappresentante come un vero e proprio *procurator*. In particolare, pare che alcuni, tra cui Pomponio, escludessero che l'attribuzione dell'incarico di svolgere di un singolo affare potesse considerarsi sufficiente per far sorgere in capo all'incaricato la qualifica di *procurator*. Anche se Ulpiano prende apertamente le distanze da tale teoria, mostrando di condividere piuttosto quella opposta – che egli reputa maggiormente corretta

²² S. SOLAZZI, *C. 8, 15, 1 e le facoltà del 'procurator omnium bonorum'*, in *SDHI*, 23 (1957), pp. 297-299.

²³ Sul *procurator unius rei* si veda soprattutto lo studio, al tema specificamente dedicato, di Emilio Albertario: E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in *SIGP*, 6 (1921), pp. 87 ss. (= *Studi di diritto romano*, 3, Milano, 1936, pp. 495 ss.).

(*verius est*) – che riconosce la veste di *procurator* anche a chi sia stato preposto alla gestione di un singolo affare (*qui ad unam rem datus sit*).

[...] *quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. Sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.*

Occorre, peraltro, rilevare che, in merito a quest'ultima tipologia di *procurator*, e al fatto che la sua menzione compaia nel brano ulpiano, si è concentrata l'attenzione della dottrina, la quale discute se la tale dizione debba identificarsi in via esclusiva con il *procurator ad litem*²⁴, ossia il soggetto che abbia ricevuto una specifica procura per agire in giudizio, o se possa riferirsi, più generalmente, anche ad altri affari determinati. In particolare, è stato sostenuto che in verità la categoria del *procurator unius rei* sarebbe sconosciuta al diritto classico e congegnata soltanto in epoca successiva: e, da ciò, ritengono dunque che il passo dovesse probabilmente in origine contenere la menzione del *procurator ad litem*²⁵, unica figura nota al diritto di epoca classica, e che, soltanto a seguito di un intervento interpolatorio dei compilatori questo sarebbe stato sostituito con la menzione del *procurator unius rei*²⁶.

²⁴ Del *procurator ad litem* si è recentemente occupato O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del procurator ad litem*, in *Labeo*, 48/1 (2002), pp. 37-71.

²⁵ La circostanza che la menzione del *procurator unius rei* debba essere in realtà intesa come riferita al *procurator ad litem* risulterebbe confermata dal contesto squisitamente processualistico in cui si colloca il brano ulpiano in questione, contenuto infatti nel titolo dedicato ai *procuratores et defensores*. A corroborare ulteriormente detto ragionamento, A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 102 invoca inoltre il termine «*coram*», che compare sia nel testo ulpiano sia nel seguente brano di Gaio, relativo proprio al *procurator ad litem*: «83. *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. [...] 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur; quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur.*» (Gai 4.83-84).

²⁶ Questa è l'opinione di P. ANGELINI, *Il procurator*, Milano: Giuffrè, 1971, pp. 186 ss. (dove l'autore raccoglie e prosegue gli studi già avviati nella precedente opera: P. ANGELINI, *Studi sul procurator*, Milano: Giuffrè, 1968). Per una compiuta esposizione delle diverse teorie sul punto e della relativa bibliografia si veda A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 101 ss.

4.2. L'origine del termine *procurator*: l'asserita «non giuridicità» dell'originario procuratore.

Al netto di tale distinzione, la principale problematica che coinvolge la figura le *procurator* è quella relativa alle sue origini e alla sua originaria funzione. In particolare, ampiamente dibattuta in dottrina è stata la questione relativa alla giuridicità del *procurator*, il quale ad avviso di alcuni autori avrebbe avuto una rilevanza esclusivamente sul piano sociale ed economico, ma non su quello giuridico²⁷. Quest'ultima teoria è stata, tuttavia, rigettata dai più recenti studi in materia²⁸, i quali hanno ritenuto di poterla confutare sulla base di una serie di testimonianze, sia giuridiche che letterarie, che attesterebbero il riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento romano di un ruolo giuridico al *procurator*²⁹. Nell'impossibilità di ripercorrere nel dettaglio le fonti che legittimano tale conclusione – per l'analisi delle quali rinviando agli studi a ciò dedicati³⁰ – ci limiteremo in questa sede a citarne due, che, per motivi diversi, ci appaiono particolarmente significative e, pertanto, degne di nota.

La prima ci proviene da Plauto ed è tratta dallo *Pseudolus*, una commedia composta e messa in scena per la prima volta probabilmente intorno al 191 a.C.: questa testimonianza, per la verità, non chiarisce il significato di procuratore, ma la dottrina ha comunque ritenuto di doverne tener conto, perché la stessa attesta l'utilizzo del termine. Il pregio del brano plautino, dunque, risiederebbe nel primato in ordine all'utilizzo del termine *procurator*,

²⁷ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 209: «Il *procurator* è in origine una persona libera, spesso un liberto, preposto dal *dominus* all'amministrazione del suo patrimonio». Sulla figura del *libertus procurator* si veda: O. MILELLA, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari*, 2 (1966-1967), pp. 377-398.

²⁸ Si vedano, in particolare: A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit.; M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2008; A. BURDESE, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI*, 37 (1971), pp. 307-328.

²⁹ Per alcuni importanti riferimenti a tali testimonianze che in ambito giuridico e letterario, contengono menzione del *procurator*, si rinvia alla dettagliata analisi di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., in particolare pp. 64 ss.

³⁰ Per una compiuta analisi della questione relativa alle origini del *procurator* si veda A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 62 ss., il quale ripercorre le diverse fonti letterarie e giuridiche in cui trova menzione il termine *procurator*, dando al contempo conto delle diverse posizioni assunte a riguardo dagli autori di dottrina. Fra questi in particolare egli attribuisce (p. 65) ad Angelini il merito di «avere sviluppato un'attenta esegesi delle fonti letterarie in cui trova menzione risalente la figura del procuratore romano, soprattutto all'interno del *corpus* degli *scriptores rei rusticae*», tra cui Varrone, Columella e Palladio.

che confermerebbe una rilevanza sociale del fenomeno, sebbene lo stesso non ci offra elementi in ordine alla sua rilevanza giuridica³¹. Ma anche se effettivamente allo stesso potesse attribuirsi unicamente rilievo sociale, ciò non ne sminuirebbe tuttavia il valore, dal momento che – com'è stato correttamente rilevato – «proprio dal terreno della vita sociale ed economica si sono sviluppati e tuttora si sviluppano i problemi che il diritto è chiamato a risolvere»³².

Plaut., *Pseud.* 607 ss.

ARP. *Tune es Ballio?*

PS. *Immo vero ego eius sum Subballio.*

HARP. *Quid istuc verbist?*

PS. *Condu promus sum, procurator peni.*

La seconda testimonianza ci proviene, invece, da Cicerone, ed è contenuta in una delle sue celebri orazioni (la *Pro Caecina*), pronunciata, in difesa di Aulo Cecina, cavaliere di Volterra, nonché alleato di Pompeo, che si era visto costretto ad adire le vie giudiziarie, probabilmente a causa di alcuni problemi di successione originati dall'intervento di una legge sillana, che aveva tolto agli abitanti di Volterra lo *ius civitatis*, privandoli così della cittadinanza romana. In tale contesto la menzione del *procurator* avviene già nel paragrafo 19.55, che riportiamo, nel quale tale termine compare in relazione agli interdetti possessori³³.

Cic., *Pro. Caec.*, 19.55

Veniunt in mentem mihi permulta, vobis plura, certo scio.

Verum ne nimium multa complectamur atque ab eo quod propositum est longius aberret oratio, hoc ipsum interdictum quo de agitur consideremus; intellegitis enim in eo ipso, si in verbis ius constituamus, omnem utilitatem nos huius

³¹ Sul punto, si confrontino: A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 65; P. ANGELINI, *Il procurator*, cit. p. 55; M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza'*, cit., p. 109 nt. 10, p. 120 nt. 35; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio: corso esegetico di diritto romano, I: Struttura, origini, azioni*, Torino: Giappichelli, 1997, p. 104.

³² Così si esprime A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., p. 105.

³³ O. PAPERI, *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in *SDHI*, 63 (1997), pp. 401 ss.

*interdicti, dum versuti et callidi velimus esse, amissuros.
'Unde tu aut familia aut procurator tuus.'*

Nel passo citato, dunque, il riferimento al *procurator* si colloca nel contesto dell'interdetto *de vi armata*, che il pretore accordava al possessore che fosse stato spogliato del bene attraverso un comportamento preordinato o comunque particolarmente violento, mediante l'uso delle armi o della banda bandata: non a caso, proprio in ragione di tale particolare gravità, la concessione di tale interdetto riguardava ogni tipo di possessore, anche quello *iniustum*.

Con riferimento a tale ipotesi Cicerone prende in considerazione l'eventualità che nello spoglio siano coinvolti, dal punto di vista attivo o passivo, dunque come autori o come vittime dello stesso, soggetti diversi dal *dominus* ma comunque ad esso legati da un vincolo di *potestas* o, appunto, di rappresentanza. Egli infatti, dal punto di vista attivo, contempla l'ipotesi in cui la sottrazione (individuata dagli autori latini come «*deiectio*») fosse stata operata non dal *dominus* in persona, ma da un suo *servus* o da un suo *procurator*. Dal punto di vista passivo, invece, prefigura l'eventualità che questi stessi soggetti avessero non posto in essere, bensì subito lo spoglio di un bene del *dominus*, che gli stessi per una qualche ragione si trovavano a possedere. In entrambi i casi Cicerone afferma l'estendibilità dell'interdetto in questione, potendo tale strumento essere esperito, nella sua duplice direzione, quindi sia a favore che contro il *dominus*, anche nel caso in cui questi sia stato coinvolto nello spoglio non direttamente, ma per il tramite di un altro soggetto. Ciò a condizione, però, che si trattasse di persona in qualche modo comunque legata al *dominus* stesso, in quanto sottoposta alla sua *patria potestas*, come nel caso del *servus* o, potremmo aggiungere, del *filius*, oppure poiché incaricata dal *dominus* stesso. Per quanto concerne, invece, i soggetti a lui *extranei*, nel senso di soggetti non riconducibili in alcun modo alla sua sfera familiare o *lato sensu* giuridica, per poter coinvolgere il *dominus* e considerarlo responsabile del comportamento dall'*extraneus* posto in essere, sarebbe stato richiesto un ulteriore elemento: ossia, come afferma Cicerone rivolgendosi al *dominus*, era necessario che questi avesse agito «*tuo rogatu aut tuo nomine*», ossia per tuo

ordine o in tuo nome, laddove il «*tuo*» è evidentemente aggettivo possessivo riferito al *dominus*.

Quanto emerge dal brano appena esaminato riveste importanza fondamentale ai fini della questione prospettata, relativa alla originaria natura giuridica o solamente economica del *procurator*, e non a caso esso viene sempre citato e ampiamente analizzato negli studi dedicati all'argomento. Dallo stesso, infatti, anche la dottrina più recente ha ritenuto di poter inferire con una certa sicurezza il rilievo giuridico del procuratore quanto meno nel contesto degli interdetti a tutela del possesso. Si tratterebbe, peraltro, è stato sottolineato, di un ruolo giuridico tutt'altro che debole, dal momento che sulla base di esso Cicerone giustifica l'immediata ascrivibilità in capo al *dominus* del comportamento del *procurator*, tanto che quest'ultimo potrebbe essere pensato, in certo modo, – secondo l'immagine recentemente proposta in dottrina – quasi come «l'*alter ego* del *dominus* medesimo»³⁴. Una conferma di ciò giungerebbe ad avviso degli stessi autori, dal proseguo dell'orazione ciceroniana, che al paragrafo 20.57 ci spiega chi è il soggetto «*qui legitime procurator dicitur*», ossia al quale può essere giustamente attribuita la qualifica di *procurator*, che viene ricostruito dall'Arpinate attraverso le espressioni «*quasi ... dominus*» e «*vicarius alieni iuris*».

Cic., *Pro. Caec.*, 20.57

*De liberis autem quisquis est, procuratoris nomine
appelletur; non quo omnes sint aut appellentur procuratores
qui negoti nostri aliquid gerant, sed in hac re cognita
sententia interdicti verba subtiliter exquiri omnia noluerunt.
Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in*

³⁴ La definizione del *procurator* quale *alter ego* del *dominus* è di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 71-72: «emerge con evidenza [...] che il *procurator* nel contesto degli interdetti possessori riveste una veste giuridica, di tale forza da essere ascrivibile il suo comportamento direttamente al *dominus*, così da divenire, in un certo senso, l'*alter ego* del *dominus* medesimo.». Un'analoga definizione del *procurator* come *alter ego* è dallo stesso è ribadita a p. 76, dove viene affiancata a quella ciceroniana in termini di «vicario» e di «*quasi dominus*». L'autore, a sua volta, si inserisce sulla scia della dottrina a lui precedente, tra cui cita in particolare M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza'* cit., pp. 113-114, la quale già aveva sottolineato il carattere giuridico del *procurator* menzionato nel brano ciceroniano, trattandosi di un «*procurator*, soggetto libero, che pone in essere atti che hanno *diretta ed immediata efficacia* nella sfera giuridica del *dominus*, alla stregua dei soggetti *alieni iuris* facenti parte della *familia*», quali appunto gli schiavi e, similmente, i *fili* e tutti i discendenti rientranti nella sua sfera potestativa.

*pluribus, non alia ratio iuris in hoc genere dumtaxat, utrum
me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator
dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei
publicae causa quasi quidam paene dominus, hoc est alieni
iuris vicarius, an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut
libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu
aut tuo nomine fecerit.*

Nel presente brano ciceroniano, sempre calato nel contesto degli interdetti possessori, parte della dottrina ha ritenuto di poter ravvisare una vera e propria definizione del concetto di *procurator*³⁵. Diversamente, altri reputano che al testo non possa attribuirsi valore definitorio, ma piuttosto esemplificativo e funzionale all'argomentazione della tesi difensiva del retore, volta ad ottenere un'estensione del contenuto dell'editto anche al caso di suo interesse³⁶.

Tuttavia, che Cicerone intendesse probabilmente fare riferimento ad un concetto tecnico-giuridico ben individuato e che in tale significato egli utilizzi il termine *procurator* sembrerebbe provato dal fatto che nello stesso brano si preoccupa di precisare con tale *nomen* si individuano, in generale, tutti coloro che «*aliqui nostri negoti gerunt*». Non tutti coloro che si trovano nella condizione di dovere gestire un affare altrui, infatti, sono *procuratores* (*non omnes sint procuratores*), sebbene tale distinzione risulti irrilevante nel suo caso, stante l'estensione pretoria dell'editto *de vi armata*, che a lui interessava invocare. Ma, astraendoci dal caso concreto che rappresenta il contesto in cui l'Arpinate offre la propria definizione, non può certo negarsi che, proprio nel ribadire l'irrilevanza nel caso di specie, Cicerone confermi il profilo distintivo tra coloro che sono e coloro che non sono *procuratores*, il che presuppone che una linea di confine sussistesse effettivamente e fosse rilevante, se un retore del

³⁵ A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 73: «tralasciando la questione del carattere tecnico o meno di essa, si tratta indubbiamente di una definizione del *procurator* [...]»; cfr. inoltre la posizione di M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza'* cit., p. 120, la quale ritiene si tratti di una definizione che «costituisce comunque un punto di riferimento di centrale importanza nella ricostruzione storica della figura del *procurator*».

³⁶ P. ANGELINI, *Il procurator* cit., pp. 33 ss. sostiene che «una lettura attenta del testo mostra chiaramente che Cicerone non dà qui una definizione del *procurator*», ma che lo stesso «adduce solo un particolare esempio, che doveva servire a mettere ancora più in risalto le ragioni che avevano indotto la giurisprudenza a dare un'interpretazione tanto estensiva dei *verba* dell'editto e che egli desiderava invocare anche per la causa che difendeva».

suo calibro decide di riportarla in una sua *oratio*. Riteniamo, dunque, di poter concordare con quanti elevano le parole di Cicerone al rango di *definitio*, discostandoci invece dalla diversa ricostruzione delle stesse in qualità di mero *exemplum*.

Indiscusso carattere definitorio presenta, invece, il seguente brano del Digesto, che rappresenta il *principium* con cui si apre il frammento, sul quale ci siamo già *supra* soffermati, contenente la distinzione tra le due tipologie di procuratore, *unius rei* e *omnium bonorum*.

D. 3.3.1.pr. (Ulp. 9 *ad ed.*)³⁷

*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini
administrat.*

Con queste parole Ulpiano ci offre una chiara rappresentazione del *procurator*, che egli definisce come colui che amministra e gestisce gli affari altrui (*negotia aliena*) in forza di un mandato ricevuto dal *dominus*, ossia dall'effettivo titolare dell'affare medesimo.

Sulla complessa questione relativa ai rapporti intercorrenti tra procura e mandato³⁸ – sulla quale la dottrina si è molto soffermata, dedicandovi ampi studi³⁹ – avremo modo di tornare più avanti⁴⁰. Per il momento ci limitiamo a

³⁷ All'analisi del frammento è specificamente dedicato lo studio di R. QUADRATO, *D. 3.3.1 pr. e la definizione di «procurator»*, in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 210-224.

³⁸ Per l'analisi manualistica del contratto di mandato nel diritto romano, si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 351 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 222 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 400 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 476; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., pp. 353 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 928 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 499 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., pp. 385 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 635 ss.; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 340 ss.; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., pp. 424 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 604 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 528 ss.

³⁹ I rapporti tra procura e mandato e le relative tesi sviluppatesi in dottrina sono stati analiticamente ripercorsi da A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 75 ss. (cap. 2, par. 2: «*Il procurator e il nodo problematico dei rapporti tra procura e mandato in età classica*»), al quale rinviamo per un'efficace esposizione della questione, nonché per i relativi riferimenti bibliografici. Sul tema si veda anche la voce di G. PROVERA, s.v. *Mandato (storia)*, in *Enc. dir.*, 25, Milano: Giuffrè, 1975, pp. 310-320; e inoltre: G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della rappresentanza (corso di diritto romano)*, Milano: Giuffrè, 2008; F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator, I: L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano: Giuffrè, 2007; M. MICELI, *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 209-218; S. RANDAZZO, *Mandare: radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del*

ricordare come queste due tipologie negoziali, che nel passo di Ulpiano sembrano essere perfettamente sovrapponibili, stante la derivazione dell'una (la procura) dall'altra (il mandato), erano verosimilmente in origine tra loro distinte: infatti, nonostante il mandato paia essere configurato come l'unica possibile fonte del potere rappresentativo del *procurator*, non mancano fonti che fanno riferimento separatamente alle due figure⁴¹.

Sul tema dei rapporti tra mandato e procura, in particolare, degne di nota sono le considerazioni di parte della dottrina⁴², la quale, nella convinzione che tale relazione abbia subito un'evoluzione nel corso delle diverse epoche della storia di Roma, ritiene che questa si sia svolta a favore del mandato, che, pur sorto successivamente la procura, l'avrebbe poi di fatto assorbita, finendo per identificarsi con essa. Tale processo di assimilazione, giunto a compimento in età postclassica, come attestano le fonti giustinianee, sarebbe però iniziato in

mandato romano, Milano: Giuffrè, 2005; R. QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, 18 (1963), pp. 3-38; M. BREONE, "Adquisitio per procuratorem?", in *Labeo*, 1 (1955), pp. 280-292; B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 4, Palermo: Castiglia, 1936, pp. 397-449.

⁴⁰ Cfr. *infra*, pp. 28 ss. Preme, peraltro, fin d'ora avvisare – riprendendo le osservazioni di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano cit.*, p. 604 – che il problema del rapporto tra procura e mandato non si pone nell'esperienza romana nei medesimi termini del diritto attuale, che intende la procura come «atto astratto di conferimento dei poteri di rappresentanza diretta» e il mandato come «uno dei rapporti sostanziali su cui quel conferimento si fonda». Tale non è la prospettiva del diritto romano, nel quale, gli effetti propri dell'odierna rappresentanza diretta, istituito in sé ignoto al diritto romano, non dipendevano necessariamente da «una formale investitura analoga alla nostra procura».

⁴¹ Fra queste rientra un passo dei *Topica* ciceroniani (Cic., *Top.*, 42), che assimila, quanto alla essenzialità dell'elemento della *fides*, il *procurator* al mandatario (oltre al socio e al tutore), affermando così, implicitamente, – come rileva A. MILAZZO, *Falsus procurator cit.*, p. 77 – l'alterità tra le stesse.

⁴² Il riferimento è in particolare ad A. GUARINO, *Il mandato e la procura (rec. A V. Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano)*, in *RISG*, 3 (1949), pp. 483-491 (= *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli: Jovene, 1995, pp. 186-196), il quale nel recensire il lavoro di V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, individua e ripercorre le principali tappe dell'evoluzione dei diversi istituti di procura e mandato e dei relativi rapporti, così come individuabili nelle diverse epoche della storia di Roma. L'autore, dopo aver avvisato che «l'argomento dei rapporti tra procura e mandato è uno di quelli in ordine a cui maggiormente bisogna guardarsi dall'adottare il solito e grossolano schema del "classico-postclassico"» (cfr. A. GUARINO, *Il mandato e la procura, cit.*, p. 195), afferma un fondamentale mutamento di impostazione nelle diverse epoche. In particolare, secondo una prospettiva diacronica, egli rileva che in periodo preclassico, il termine *procurator* avrebbe identificato unicamente il *procurator omnium rerum* – come distinto dal *procurator ad litem*, già originariamente individuato come mandatario, in quanto preposto all'incarico con apposito contratto – e l'azione volta a regolare i rapporti tra questi e il titolare del negozio (*dominus*) sarebbe stata l'*actio negotiorum gestorum*. Nei secoli successivi si sarebbe verificata poi una progressiva introduzione del mandato, che avrebbe condotto ad un assorbimento della procura e della *negotiorum gestio* nel concetto generale di mandato.

epoca precedente. In particolare, è stato ipotizzato che l'elaborazione dell'identità tra procura e mandato avrebbe preso avvio già all'esito dell'età classica, e probabilmente per mano dello stesso Ulpiano, come parrebbe confermare lo stesso brano D. 3.3.1.pr.⁴³. In questa medesima linea pare porsi, a distanza di anni, la più recente dottrina⁴⁴, la quale ritiene, sia pure con cautela, di poter ravvisare già in seno alla giurisprudenza classica i primi segnali di una visione del *procurator* differente rispetto a quella delle origini. Tale nuova mentalità sarebbe maturata soprattutto nella riflessione scientifica di Ulpiano, dalle cui parole emergerebbe una «sovrapposizione», a tratti tendente ad «una vera e propria assimilazione», «dei piani della procura e del mandato». Sovrapposizione che, se in Ulpiano era presente soltanto *in nuce*, in quanto oggetto di una tendenza della giurisprudenza, sarebbe giunta a compimento in epoca giustiniana, nella quale si sarebbe consolidata in maniera definitiva «la visione del procuratore che inscindibilmente è anche mandatario»⁴⁵.

Ciò che caratterizzerebbe la figura del *procurator* e che rileverebbe ai fini dell'attribuzione ad un soggetto di tale veste sarebbe, dunque, la presenza di un incarico o di un'autorizzazione – non ci interessa ora se rilasciata in via unilaterale (*iussum*) o mediante mandato, né tanto meno se concessa in via generale o in relazione ad uno specifico affare – ad agire nell'interesse di altri. Soltanto in presenza di una siffatta autorizzazione il procuratore potrà considerarsi 'effettivo' (*procurator verus*): al contrario, laddove non vi sia stato alcun conferimento di incarico da parte dell'interessato, il soggetto che, senza esserne richiesto, gerisca gli affari altrui (*negotiorum gestor*)⁴⁶ non sarà un procuratore 'verus', ma soltanto 'apparente', in quanto, pur agendo 'sotto le

⁴³ Cfr. A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 196.

⁴⁴ A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit.

⁴⁵ Le parole virgolettate sono espressioni utilizzate da A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 208, tratte dalle ultime pagine della sua monografia integralmente dedicata al *falsus procurator*.

⁴⁶ In tema di *negotiorum gestio* si vedano gli studi a ciò specificamente dedicati di: G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio, 1. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli: Jovene, 1999; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio, 2.1 Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino: Pubblicazioni dell'Università degli studi di Cassino, 2003; J. GAUDEMET, *A proposito di negotiorum gestio*, in *Index*, 1 (1970), pp. 269-273; B. FRESE, *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, 1, Gand Paris: Vanderpoorten Sirey, 1926, pp. 325-384.

mentite spoglie' del rappresentante, è tuttavia privo di quale qualifica. Questo è il motivo per cui le fonti con riferimento a tale soggetto utilizzano l'espressione, che tanta fortuna ha avuto nella storia giuridica della rappresentanza, '*falsus procurator*'⁴⁷: un'espressione con cui veniva – e viene ancora oggi – indicato quel soggetto che, proprio in quanto agisce al di fuori di ogni autorizzazione da parte del *dominus*, non può certo dirsi che sia un suo «vicario», né tanto meno il suo *alter ego*, pur appearing all'esterno come tale. Ciò posto, è necessario allora indagare quale posizione occupasse tale figura di *falsus procurator* nell'ambito dell'ordinamento giuridico romano e valutare quali fossero gli effetti giuridici riconosciuti – se eventualmente ve ne fossero – agli atti giuridici dallo stesso posti in essere.

5. *Procurator* «non mandatario» e *procurator* «simulatore»: i diversi orientamenti dottrinali sulla figura del *falsus procurator*.

5.1. La tesi interpolazionista o «negativa»: il *falsus procurator* come «non mandatario».

Chiarita la portata del fenomeno rappresentativo in Roma antica e concentrata l'analisi sul soggetto che, fra le diverse categorie di rappresentanti individuate, interessa ai fini della presente ricerca, possiamo ora passare ad analizzare questo stesso fenomeno nella peculiare ipotesi in cui si manifesti sotto una veste 'apparente' e, dunque, non 'reale'. Possiamo, cioè, finalmente analizzare il tema del *falsus procurator*, così come presente nelle fonti dei giuristi antichi. E, se per il caso del *falsus creditor* l'analisi si riduceva ad un unico brano, pur integrato da qualche ulteriore riferimento ad esso pertinente o comunque connesso, nel caso del *falsus procurator*, invece, le fonti sono tutt'altro che esigue. Come la dottrina ha da tempo messo in luce, numerose

⁴⁷ La formula «*falsus procurator*» come alternativa e omosemantica rispetto a quella di «*negotiorum gestor*» e, soprattutto, come speculare e contrapposta a quella di «*verus procurator*», era già stata posta efficacemente in evidenza da A. BURDESE, *Sul 'procurator'* cit., p. 210.

sono le testimonianze che ad esso fanno riferimento in maniera diretta, molte volte peraltro nominandolo in contrapposizione ad un *procurator verus*.

Tuttavia, non sempre l'abbondanza di riferimenti è sinonimo di chiarezza e di univocità esegetica: anzi, spesso più sono le testimonianze dalle quali attingere, più la ricostruzione di un certo istituto e del suo regime diviene problematica. In questo caso, infatti, è necessario fare i conti con le diverse interpretazioni che di quelle testimonianze sono state nel tempo prospettate, le quali talvolta offrono risposte tra loro divergenti anche in maniera significativa. Quanto detto è ciò che in parte è avvenuto nel caso che qui ci riguarda, dal momento che, intorno al concetto di *falsus procurator* come rappresentato dai giuristi romani, si sono formati due diversi indirizzi dottrinali, diametralmente opposti.

La distinzione tra le due impostazioni, in particolare, origina a sua volta dalla questione, cui si è fatto cenno poco fa parlando del *procurator*, relativa alla differenza e ai rapporti tra procura e mandato. Come anticipato, non è qui possibile riprendere nel dettaglio tale problematica, che tanto ha in passato richiamato l'attenzione della dottrina, i cui risultati sono peraltro stati efficacemente riassunti dallo stesso Milazzo nel suo recente studio già più volte citato⁴⁸. Ci limitiamo a rilevare, dunque, che la questione relativa alla definizione e al concetto di *falsus procurator* non può prescindere da quella relativa ai rapporti intercorrenti tra mandato e procura, essendo esse inscindibilmente legate. Infatti, in base alla diversa soluzione accolta rispetto all'interrogativo in ordine al ruolo giocato dal mandato rispetto all'assunzione della qualifica di *procurator*, muteranno anche le conclusioni relative alla definizione di *procurator* in sé e, conseguentemente, di *procurator verus* e *falsus*.

In particolare, laddove si ritenga che il mandato rappresenti un elemento essenziale della procura e che dunque ne connoti intimamente l'essenza, si addiverrà necessariamente alla conclusione per cui non può sussistere procura e, conseguentemente, un soggetto non può assumere la qualifica di *procurator*,

⁴⁸ Per una sintetica enunciazione della questione dei rapporti tra procura e mandato si veda *supra*, par. 4.3 in fine. Per una trattazione compiuta della questione e per i relativi riferimenti bibliografici, rinviando a quella di recente svolta da A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., cap. 2, par. 2.2 («Il *procurator* e il nodo problematico dei rapporti tra procura e mandato in età classica»), pp. 75 ss.

senza che ad esso sia stato conferito un precedente mandato. E, così, sancendosi una sostanziale equivalenza tra procura e mandato e identificando il *procurator* nella figura del mandatario, può pure affermarsi che siamo di fronte ad un procuratore tecnicamente inteso soltanto se a questo sia stato conferito l'incarico mediante mandato: in altre parole, un procuratore sfornito di mandato non sarebbe un procuratore vero, ma falso.

Questa, dunque, l'implicazione dell'accoglimento di tale impostazione sulla definizione di *falsus procurator*: posta una sostanziale equivalenza tra mandato e procura, e posto che non può esservi procura senza mandato, deve concludersi che è *verus procurator* soltanto il mandatario, cioè chi agisca in virtù di un titolo derivante da mandato, in assenza del quale il *procurator* sarà *falsus*. Questa è in particolare la tesi accolta e sostenuta da una prima impostazione dottrinale, che fonda il proprio ragionamento sul dato per cui, a partire da una certa epoca, non vi sarebbe stata distinzione tra procura e mandato e, perciò, il procuratore qualificato come 'falso' sarebbe stato evidentemente sinonimo di procuratore 'non mandatario', ossia un rappresentante che agisce pur essendo privo dello specifico titolo legittimante costituito dal mandato.

Tale impostazione, in particolare, sulla base di una attenta analisi delle fonti relative al *procurator*, ha ritenuto di poter affermare la 'non classicità' della sovrapposizione tra procura e mandato, la quale, tutt'altro che propria dell'originaria impostazione del diritto romano, sarebbe invece frutto della concezione maturata in epoca bizantina. La lettura dei passi del Digesto, infatti, non lascia adito a dubbi a riguardo: per i giuristi di età giustiniana l'unico vero procuratore è il mandatario, ossia chi sia stato preposto («*praepositus*») da altri al compimento di un incarico mediante un apposito contratto di mandato. Altrimenti, il soggetto non sarà tecnicamente e giuridicamente tale: la sua qualifica in termini di *procurator* dunque non sarà reale (*vera*), ma fittizia (*falsa*).

Gli stessi autori che sostengono questa conclusione ritengono però che un simile assunto, essendo frutto dell'elaborazione e del pensiero giuridico giustiniano, non sarebbe stato valido anche per l'epoca precedente. In particolare, l'asserita essenzialità del mandato rispetto alla procura non sarebbe stata propria dell'età classica, nell'ambito della quale sarebbe stato possibile

immaginare un *procurator* che non fosse al contempo anche e necessariamente mandatario. In questa fase, infatti, l'investitura in qualità di procuratore non sarebbe stata necessariamente il risultato di un conferimento di poteri attuato mediante un contratto di mandato, potendo derivare anche da una *praepositio* unilaterale da parte del *dominus* nei confronti di un soggetto di sua fiducia, individuato per compiere atti in sua vece⁴⁹. Soltanto in epoca postclassica si sarebbe assistito ad una loro progressiva sovrapposizione, che portò in definitiva ad una vera e propria fusione, o meglio inglobamento dell'una nell'altro, segnando così un esito fatale per la procura come individualità separata dal mandato⁵⁰.

Partendo, dunque, da tale dato e considerando l'identità tra procura e mandato come frutto di un'elaborazione giuridica successiva e non originaria, parte della dottrina ha in passato ipotizzato e sostenuto che i passi contenenti un riferimento esplicito al *procurator* come *verus* o come *falsus* sarebbero in realtà il risultato di un'operazione di manipolazione posta in essere dai compilatori del *corpus* giustiniano. Questi, infatti, assecondando la mutata concezione della procura, avrebbero inserito negli originari testi, interpolandoli, l'aggettivo *falsus* o *verus* a fianco della parola *procurator*. Tale specificazione, in origine non necessaria in quanto precedentemente irrilevante

⁴⁹ La contrapposizione tra un conferimento del potere rappresentativo in via unilaterale e uno frutto di un atto bilaterale, dunque di natura contrattuale, è elemento a noi ben noto, in quanto presente nell'attuale configurazione del nostro codice civile, che attorno ad essa costruisce la distinzione tra procura (art. 1392 c.c.), atto unilaterale, e mandato (art. 1703 ss.), contratto. Tale distinzione non è propria soltanto della nostra tradizione giuridica, ma è presente anche nell'impostazione germanica, che a riguardo utilizza i termini «*Vollmacht*» e «*Auftrag*» per individuare rispettivamente, l'investitura unilaterale, da un lato, e quella bilaterale mediante mandato, dall'altro. Tali denominazioni, la cui portata è ben chiarita nell'opera di S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1881, *passim*, e in quella di B. FRESE, *Prokuratur und negotiorum gestio cit.*, *passim*, sono richiamate anche da E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei cit.*, pp. 518 ss. e, inoltre, in quella di F. SERRAO, *Il procurator*, Milano: Giuffrè, 1947, p. 110, il quale la utilizza per rappresentare il mandato, che, a suo avviso, corrisponderebbe per i giuristi romani soltanto al concetto riassunto dalla parola «*Auftrag*», non essendo mai, viceversa, utilizzato per individuare ciò che i tedeschi intendono con il vocabolo «*Vollmacht*». Il che sarebbe testimoniato, secondo l'autore, da un brano di Scevola – D. 17.1.60.4 (Scaev. 1 *resp.*) – dove il termine «*mandare*» sarebbe sintomatico non di un conferimento del potere rappresentativo mediante mandato, ma piuttosto mediante una unilaterale *praepositio*.

⁵⁰ L'esito ineluttabile che segna il destino della procura a seguito della sua fusione con l'istituto del mandato è ben rappresentato da E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei cit.*, p. 519, che insiste nel qualificarlo come «fatale»: «la fusione doveva essere fatale: o, per dir meglio, il mandato doveva fatalmente sovrapporsi alla procura e sostanzialmente eliminarla.»

ai fini dell'attribuzione della qualifica di procuratore, sarebbe invece divenuta indispensabile nel mutato contesto in cui non poteva sussistere *procurator* in assenza di mandato. Di talché, le fonti in cui i concetti di procura e di procuratore comparivano in un ambito non contemplante un annesso mandato, necessitavano, secondo l'impostazione bizantina, di essere integrate e corrette mediante l'inserzione del riferimento alla falsità, in tali ipotesi, della qualifica in termini di *procurator*. Così facendo, dunque, i compilatori avrebbero introdotto un elemento quale la contrapposizione tra *procurator verus* e *falsus* come discendente dalla sussistenza del mandato, originariamente estraneo al diritto romano, per il quale tale distinzione non aveva ragione di esistere in questi termini, stante la indipendenza del mandato rispetto alla procura. Ecco perché l'impostazione dottrinale appena esposta è stata dai successivi autori qualificata come «tesi interpolazionista»⁵¹, in quanto a base della propria ricostruzione pone un'interpolazione generalizzata dei passi del digesto contenenti il riferimento al concetto di procuratore come *falsus*.

Peraltro, rispetto a tale teoria, che in passato ha visto autorevoli sostenitori, la questione dell'interpolazione è stata successivamente approfondita e ulteriormente articolata attraverso l'analisi dettagliata delle fonti, delle quali è stata proposta un'articolazione e suddivisione interna

⁵¹ Emblematica, a riguardo, è l'intitolazione che A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., attribuisce al par. 4.1 (pp. 28 ss.) del primo capitolo del suo volume, dedicato all'analisi dello stato della dottrina romanistica in merito al *falsus procurator* nelle varie fonti giuridiche, nella cui prima parte appunto l'autore espone, ripercorre e commenta la tesi interpolazionista, individuando i principali autori che della stessa si sono fatti provatoci, quali Albertario e prima di lui già Schlossman, che per primo prospettò un'elaborazione compiuta del *procurator* come soggetto sganciato dal mandato e in generale da un legame giuridico col *dominus* dell'affare gerito, prospettando così una ricostruzione nuova ed alternativa rispetto a quella già avanzata da A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 1, Halle, 1873, pp. 490 ss., che aveva paragonato la posizione del *procurator*, come soggetto preposto dal *dominus* alla gestione e amministrazione dei propri affari, a quella del curatore. Schlossmann, in particolare, riteneva che il *procurator* rivestisse unicamente un ruolo sociale, senza tuttavia ricoprire alcun rilievo giuridico, non essendo legato al *dominus* da alcun vincolo di un mandato, ma neppure di un altro rapporto rappresentativo giuridicamente rilevante quale di *negotiorum gestio*, tutela, curatela. L'esclusione di qualsivoglia valore giuridico del *procurator* fu fortemente criticata dalla successiva dottrina, primo fra tutti da V. SCIALOJA, *L'acquisto del possesso per mezzo di terzi secondo il diritto romano e l'attuale* (Rec. S. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*), in *La Cultura*, 1/1 (1882), pp. 428-436 (= *Studi giuridici*, 1: *Diritto romano*, 1, Roma: Anonima romana editoriale, 1933, pp. 97-103), e successivamente da P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, 1, Roma: G. Bretschneider (Rist. anastatica dell'ed. Torino: Bocca, 1898), pp. 1-13 (= *Scritti giuridici varii*, 3, Torino: UTET, 1926, pp. 250-261) e da Emilio Albertario. Sul punto cfr. le osservazioni di F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, 1, cit., p. 47 nt. 1.

attraverso un triplice raggruppamento⁵². Così, sono stati distinti i passi in cui il procuratore è identificato come mandatario⁵³, i quali sarebbero secondo la suddetta opinione frutto della manipolazione dei compilatori, da quelli in cui il mandato non compare quale elemento rilevante e qualificante la procura⁵⁴, che sarebbero invece genuini e attesterebbero la differente visione propria dell'epoca classica, nonché da quelli ulteriori, in cui il *procurator* viene qualificato come 'simulatore'.

⁵² Tale raggruppamento e distribuzione delle fonti relative al *procurator falsus* e *verus* è stato operato dal G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, 2. cit. La finalità che animava tale operazione di riordino non era meramente compilativa, ma voleva idealmente coordinarsi e costituire il complemento della tesi di E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei* cit., il quale aveva prospettato e sostenuto l'avvenuta manipolazione dei passi relativi al *falsus procurator*. Rispetto alla tesi interpolazionistica l'operazione del Donatuti, come apertamente dichiarato dall'autore (G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, 2. cit., pp. 135 ss.), mirava dunque a costituire il fondamento, fornendo la base testuale in grado di sorreggere le argomentazioni da altri addotte. Sul rapporto tra l'opera di Donatuti e quella dell'Albertario si vedano le osservazioni e la ricostruzione di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 31 ss.

⁵³ I frammenti che testimoniano una costituzione del *procurator* mediante il contratto di mandato sono svariati. Tra questi ci limitiamo a riportare, a titolo esemplificativo, quelli più spesso citati in dottrina (cfr. anche A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 34 nt. 74): D. 3.3.47 (Iul. 4 *ad Urseium Ferozem*): «*Qui duos procuratores omnium rerum suarum reliquit, nisi nominatim praecepit ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dedisse.*»; D. 4.4.23 (Paul. 11 *ad ed.*): «*Cum mandatu patris filius familias res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam et si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura. Sed si eventu damnum minor passurus sit, quia quod praestiterit servare ab eo cuius negotia gessit non potest, quia is non erit solvendo, sine dubio praetor interveniet. Si autem ipse dominus minor sit, procurator vero maioris aetatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit nec a procuratore servari res possit. Ergo et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. Idque et Marcello placet.*»; D. 17.1.8.3 (Ulp. 31 *ad ed.*): «*Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam enim volgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.*»; D. 17.1.8.6 (Ulp. 31 *ad ed.*): «*Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. Ut puta mandavi tibi, ut fundum emeris: si intererat mea emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum.*»; D. 17.1.31 (Iul. 14 *dig.*): «*Si negotia mea mandavero gerenda ei, qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, etsi post annum cum eo mandati agam, praestare mihi quadruplum debebit: nam qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum.*»; D. 46.3.87 (Cels. 20 *dig.*): «*Quodlibet debitum solutum a procuratore meo non repeto, quoniam, cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat neque post ea expectandum est, ut ratum habeat.*»

⁵⁴ Per l'analisi e l'esegesi di alcuni frammenti rientranti in questa categoria si rinvia al lavoro di S. SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato*, in *RIL*, 57 (1924), pp. 302-318 (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli: Jovene, 1957, pp. 609-621), che si pone a prosecuzione e completamento del precedente S. SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 735-747 (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli: Jovene, 1957, pp. 569-578).

Sulla base dell'individuazione e dell'esegesi di tali passi, è stata impostata la critica avverso la tesi appena esposta e contro l'asserita interpolazione e considerazione per cui la distinzione tra *falsus* e *verus procurator* sarebbe giustinianea ed estranea al periodo classico. Infatti, è stato rilevato che, pur dovendosi concordare sulla paternità giustinianea dell'essenzialità del mandato ai fini della procura e, dunque, pur dovendosi condividere l'impostazione che rinviene nella presenza dell'aggettivo *falsus* e *verus* accanto a *procurator* il segno di una manipolazione del contenuto originario dei passi, in cui tale specificazione non era probabilmente *ab initio* presente, non può tuttavia ritenersi che sia necessariamente intervenuta una manipolazione ogni volta che il *procurator* sia rappresentato come mandatario. Al contempo, non si potrebbe, però, affermare in radice un'assoluta estraneità del mandato rispetto alla procura, come due universi tra loro separati e non comunicanti ed escludere la genuinità di ogni passo che contenga un riferimento al mandato in rapporto alla procura, perché tale atteggiamento si tradurrebbe in una incomprensibile – in quanto frutto di un infondato preconconcetto⁵⁵ – dichiarazione di «guerra al mandato»⁵⁶. Più correttamente, si dovrebbe ritenere che, ferma restando in epoca classica la non necessità del secondo per la sussistenza della prima, potrebbe comunque verificarsi una loro coesistenza, nel caso in cui la procura fosse nel caso specifico attribuita con mandato. In altre parole, non è detto che il mandato sia l'unica via per attribuire il potere rappresentativo ai terzi, come sarà poi in epoca bizantina, ma ciò non significa che esso non rappresenti una delle possibili vie per conseguire tale risultato. Il mandatario è ed è sempre stato, anche in epoca classica, così come in epoca bizantina, un *procurator*: la differenza è che se il mandatario per i compilatori era l'unica tipologia di *procurator* in senso tecnico ipotizzabile, ossia l'unico '*verus procurator*', nei secoli precedenti esso era solo uno dei possibili tipi di procuratore e, nello specifico quello sorto a seguito di un conferimento di tipo contrattuale. A fianco a questo '*procurator-mandatario*' erano poi immaginabili altre figure di rappresentanti, destinatarie

⁵⁵ Cfr. A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 34.

⁵⁶ La raffigurazione della descritta impostazione attraverso l'immagine della «guerra al mandato» è stata proposta proprio dallo stesso S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 142-156 (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli: Jovene, 1957, pp. 557-567).

non di un mandato ma di una *praepositio* unilateralmente conferita, le quali, pur diverse quanto alla modalità costitutiva e genetica del loro potere, erano parimenti qualificabili e qualificate quali *procuratores*⁵⁷. La distinzione tra *verus* e *falsus procurator*, dunque, non avrebbe ricoperto per i classici un ruolo relativo al mandato, segnalandone la presenza o l'assenza. Piuttosto, l'accezione del *falsus procurator* in tali termini sarebbe frutto di un'operazione di successivo declassamento, che avrebbe determinato la fuoriuscita di questo 'falso rappresentante' dal novero dei *procuratores*, nei quali originariamente era tuttavia ricompreso, al pari del suo «compagno» non «degradato» per mano bizantina⁵⁸.

In questo modo si viene a delineare, dunque, nell'ambito della stessa tesi interpolazionista, uno scisma⁵⁹ tra due diverse impostazioni: la prima⁶⁰, che potremmo indicare come tesi interpolazionista 'pura' o 'assoluta', che, oltre ad escludere l'originarietà della distinzione presente nei passi del Digesto tra

⁵⁷ S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore* cit., p. 556 pur attribuendo all'Albertario il merito di aver ravvisato nell'aggettivazione *falsus* e *verus* riferita al *procurator* il segnale di un'interpolazione da parte dei compilatori giustiniane, e dunque facendo proprio l'assunto di partenza, non ne condivide tuttavia gli esiti ultimi, reputando errata la conclusione per cui in epoca classica non sarebbe stato *procurator* neppure quello che nelle fonti interpolate è qualificato come *verus procurator*. Secondo Solazzi, invece, per i classici erano *procuratores* entrambe le categorie individuate dai bizantini, ossia sia quello *verus* sia quello *falsus*, non rivestendo tale distinzione valore alcuno per i giuristi classici.

⁵⁸ Le parole sono virgolettate in quanto riprese dal discorso di S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore* cit., p. 566, il quale nell'ambito della critica rivolta all'impostazione dell'Albertario, dai cui risultati ultimi l'autore prende le distanze, afferma che il *verus procurator* delle fonti giustiniane era nell'epoca classica un *procurator* al pari del «suo compagno degradato dalle scuole romano-elleniche», simpatica perifrasi con cui l'autore intende evidentemente significare il *procurator* non *verus*, bensì *falsus*. L'idea che i compilatori abbiano voluto attraverso l'inserimento dell'aggettivo *falsus* operare un declassamento o una retrocessione del *procurator* è condivisa anche da I. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit. Studi in tema di indebitum condicere*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 111, nt. 116, ad avviso della quale l'aggiunta in taluni passi da parte dei compilatori giustiniane dell'aggettivo «*falsus*» sarebbe funzionale proprio a far «retrocedere il *procurator*-gestore a *falsus procurator*» e, in questo modo, «per distinguerlo dal *verus* che facevano coincidere con il mandatario»; nonché anche da A. BURDESE, *Sul 'procurator'* cit., p. 327, il quale rileva che «i compilatori giustiniane sono intervenuti in numerosi testi per degradare il *procurator*, spontaneo gestore di negozi, a *falsus procurator* o non *verus procurator*».

⁵⁹ Tale scisma emerso relativamente alla figura del *procurator*, come scaturente dalla diversa ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra procura e mandato, sorge e si costruisce in particolare intorno al dibattito che coinvolse le due autorevoli figure del panorama dottrinale romanistico, quali, da un lato, Emilio Albertario e, dall'altro, Siro Solazzi. In merito alla famosa disputa, si vedano le osservazioni di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 35.

⁶⁰ E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei* cit. e, già prima di lui, P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, cit.; S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb* cit., p. 117; nonché, successivamente B. FRESE, *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, cit., e F. SERRAO, *Il procurator*, cit., *passim*.

falsus e *verus procurator*, esclude altresì che inizialmente il mandatario fosse un *procurator*, affermando piuttosto una estraneità tra i due istituti. Diversamente, una diversa ricostruzione⁶¹, che potremmo definire quale tesi interpolazionista ‘moderata’, pur concordando in ordine al primo assunto, si discosta dal secondo, rinvenendo nel mandato, già in epoca classica, una delle possibili fonti – sebbene certo non l'esclusiva, come sarà per i compilatori – legittimanti il potere rappresentativo del *procurator*.

Una impostazione ancora diversa⁶², pure interna alla teoria interpolazionista, dal momento che anch'essa muove dall'assunto di una sostanziale estraneità del concetto di *falsus procurator* come non mandatario rispetto all'età classica, ritiene però di poter attribuire già in quest'epoca un ruolo ancor più rilevante al mandato. Secondo questa tesi, in particolare, non soltanto il mandato avrebbe rappresentato in epoca classica una delle possibili fonti della procura, ma addirittura a quest'ultima sarebbe stato esteso, già in epoca classica il regime del mandato. I sostenitori di tale tesi ritengono di poter provare l'accostamento già classico della procura al mandato sulla base di alcuni brani tratti dalle *Institutiones* gaiane⁶³, che testimonierebbero l'utilizzo, in un ambiente pregiustiniano e, soprattutto, extra-compilatorio – in quanto tale, estraneo all'intervento manipolatorio dei commissari – la qualificazione del *procurator* nella veste di mandatario. Su queste basi è stato, dunque, ipotizzato che l'alternativa tra *verus* e *falsus procurator* fosse già emersa in età

⁶¹ Questa diversa configurazione della tesi interpolazionista, che si contrappone al primo indirizzo, maggiormente rigido, è stata elaborata e sostenuta da S. SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato*, cit.

⁶² Portavoce di questa ulteriore tesi ricostruttiva è V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., la cui posizione è stata dettagliatamente analizzata da A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 38 ss., alle cui osservazioni rinviamo.

⁶³ Fra i brani gaiani addotti dall'Arangio-Ruiz a sostegno della propria ricostruzione, si segnalano, in particolare, i seguenti: Gai 4.84: «*Procurator vero nullis certis uerbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur; quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur.*»; Gai 3.155: «*Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*». Oltre a questi, l'autore cita, inoltre, una serie di passi tratti dal Digesto, in cui i vocaboli «*mandatum*» e «*mandare*», nonché la stessa *actio mandati*, sono utilizzati in riferimento al *procurator*: D. 3.3.1.pr. (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3.3.42.2 (Paul. 8 *ad ed.*); D. 17.1.10.3 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17.1.55 (Pap. 1 *resp.*); D. 47.10.17.16 (Ulp. 57 *ad ed.*).

classica, pur non essendo la stessa ancora stata portata alle estreme conseguenze cui addiverrà in epoca successiva, quando procura e mandato finiranno per coincidere e il *procurator* sarà esclusivamente il mandatario, essendo per l'effetto «marchiato di *falsus*»⁶⁴ il soggetto che del mandato fosse invece privo.

5.2. La tesi della simulazione o «positiva»: il *falsus procurator* come «*simulator*».

Rispetto alla tesi interpolazionista che, pur nelle diverse articolazioni appena viste, si fonda su una lettura del *falsus procurator* in termini 'negativi', ossia quale soggetto 'non mandatario', e dunque configura la relativa fattispecie come carente rispetto ad uno degli elementi essenziali richiesti per l'esistenza di un rapporto qualificabile in termini tecnico-giuridici come rappresentanza, ha preso le distanze altra parte della dottrina, che ha attribuito alla figura del *falsus procurator* presente nelle fonti romanistiche un diverso significato.

Quella finora analizzata, infatti, non è l'unica conclusione possibile laddove si scelga, come questi ulteriori autori hanno ritenuto di fare, di non condividere l'assunto iniziale in ordine alla sostanziale identità tra mandato e procura. Negando, infatti, l'essenzialità del mandato per la sussistenza della procura e, dunque, rifiutando l'idea che la seconda non possa sussistere senza il primo, è possibile individuare una sfera di rilevanza giuridica del concetto di procura e correlativamente, di *procurator*, sganciata e, almeno in parte, indipendente rispetto al mandato. In questo modo, diviene allora possibile attribuire al sintagma «*falsus procurator*» un significato suo proprio e non semplicemente una valenza 'negativa' rispetto al necessario requisito del mandato, ossia individuante quelle ipotesi in cui la suddetta necessaria equivalenza tra mandato e procura non risulti concretamente verificata e, dunque, si sia di fronte ad un procuratore 'falso' in quanto 'non mandatario'.

⁶⁴ Così si esprime A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 41 nel riportare la tesi e gli argomenti sostenuti da V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., p. 78, per il quale la distinzione tra *falsus procurator* delle fonti giustinianee sarebbe solo «la definitiva celebrazione di una tendenza terminologica già in atto».

La seconda tesi offre piuttosto una diversa lettura, che potremmo definire 'positiva', nel senso che individua un elemento che fonda la figura del *falsus procurator* per la sua presenza e non per la sua assenza.

Per meglio dire, se nella tesi interpolazionista il *falsus procurator* è costituito come alternativa al mandatario e, in particolare, come mandatario fallace sotto il profilo del titolo giuridico richiesto – il mandato appunto – al contrario, la tesi che fa riferimento alla simulazione della qualifica del titolo rappresentativo da parte del *falsus procurator*, può essere, in contrapposizione alla prima, definitiva come 'positiva'. E ciò in quanto, tale teoria ritiene che la qualifica di *falsus procurator* non sia attribuita in ragione della 'assenza' di un requisito, come quella appena descritta, bensì in virtù della 'presenza' di un elemento, che per la fattispecie è costitutivo ed essenziale. Questo elemento viene, nello specifico, individuato nella simulazione della propria qualifica di rappresentante, ossia nel fatto che il *falsus procurator* si finge rappresentante («*se simulat procuratorem esse*»⁶⁵) e in tale veste agisce: prospettiva, quest'ultima, che evoca uno scenario a noi ormai noto – quello di un soggetto che simula («*se simulat*») di essere qualcun altro – in quanto già ampiamente discusso relativamente all'ipotesi del *falsus creditor* («*qui se simulat creditorem esse*»)⁶⁶.

Questa teoria – che peraltro, come è stato recentemente rilevato⁶⁷, attualmente risulta essere dominante in dottrina, essendo sostenuta, pur con sfumature diverse, dagli autori che si sono ultimamente occupati di questi temi –, dunque, in antitesi alla precedente, rigetta l'idea che gli aggettivi 'verus' e 'falsus' che compaiono nelle fonti in merito al *procurator* siano tutti frutto di

⁶⁵ D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Falsus procurator furtum quidem facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo.*»

⁶⁶ Cfr. cap. 3, *passim*: D. 47.2.43.pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient.*»

⁶⁷ L'osservazione è di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 53 ad avviso del quale «la tesi del *falsus procurator* quale soggetto simulatore sembra quindi dominare le prospettive attuali della dottrina romanistica», la quale, secondo l'autore, escluderebbe per lo più «che i giuristi classici abbiano potuto parlare di *falsus procurator* nell'accezione di soggetto non mandatario, e quindi quale soggetto che nei fatti non è *procurator*», ritenendo che lo stesso potesse «al più qualificarsi come spontaneo gestore di affari altrui».

aggiunte inserite dai compilatori giustiniane, per distinguere il procuratore mandatario da quello privo del relativo titolo. Rispetto all'interrogativo circa la loro autenticità o, viceversa, alla loro riconducibilità alla mano dei compilatori, la risposta offerta da questa teoria è meno netta, in quanto non si pronuncia in maniera drastica a favore della seconda soluzione, – ossia quella che reputa che gli aggettivi *falsus* e *verus* sarebbero, laddove presenti, sempre e comunque frutto di un'inserzione giustiniana – ammettendo invece che già in epoca classica fosse utilizzata l'espressione *falsus procurator*. Questa tesi, quindi, ritiene che già i giuristi di quell'epoca conoscessero ed avessero enucleato il concetto di *procurator* 'non *verus*', sebbene in un'accezione e con un significato differente rispetto a quello proprio della compilazione giustiniana⁶⁸.

Se, dunque, nella tesi 'interpolazionista-negativa' la qualificazione del *procurator* in termini di verità o falsità sarebbe di stampo giustiniano e si fonderebbe sulla presenza o assenza di un legittimo mandato, secondo l'ultima diversa impostazione l'alternativa *verus/falsus* sarebbe già nota ai giuristi classici, che però l'avrebbero elaborata non in correlazione al mandato, ma piuttosto al concetto di simulazione.

Occorre, peraltro, precisare che i primi sostenitori di questa seconda teoria ne hanno, tuttavia, circoscritto e limitato l'effettiva portata, ritenendo che l'espressione *falsus procurator* sarebbe stata utilizzata e riferita ad un contesto estraneo al diritto, ma piuttosto rilevante ai fini meramente sociali ed economici. Infatti, la simulazione a cui fanno riferimento le fonti avrebbe ad oggetto non tanto i poteri e le facoltà, indubbiamente di rilievo giuridico, discendenti dal mandato o dalla procura, in quanto negozi con cui il *dominus* conferisce al rappresentante il potere di gestire ed amministrare i propri affari in sua vece. Ma piuttosto la simulazione avrebbe avuto ad oggetto «uno status

⁶⁸ Sul punto A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 53 rileva che la dottrina oggi «propende per affermare che i testi classici non abbiano subito un inserimento dell'aggettivo *falsus*, che sarebbe stato di già presente», ma allo stesso tempo essi adottano un atteggiamento cauto, rilevando che lo stesso avrebbe però assunto, in quell'epoca, «un significato alquanto diverso da quello ad esso attribuito dai compilatori».

socio-economico», quale «la posizione sociale che ne fa l'uomo di fiducia del *dominus*»⁶⁹.

Contro quest'ultima posizione si sono tuttavia pronunciati altri autori⁷⁰, che hanno criticato la relegazione del *falsus procurator* di età classica all'ambito socio-economico, ritenendo invece di poter attribuire a tale figura già in quell'epoca un proprio rilievo giuridico, connesso appunto all'idea di simulazione. Per questi autori, dunque, il *falsus procurator* classico sarebbe non un generico amministratore o gestore di cosa altrui, un soggetto che opera in assenza di mandato, come sarà poi per i compilatori, che lo contrapporranno al *procurator verus*, in quanto titolare del mandato. Per i classici, piuttosto, il *falsus procurator* sarebbe un simulatore, un soggetto che ricopre fittiziamente le vesti del rappresentante altrui: la qualifica del *procurator* come *falsus* dunque rinvia all'idea dell'inganno, in quanto chi si finge rappresentante di fatto induce in errore la controparte o comunque i terzi in merito al proprio effettivo *status* giuridico, presentandosi come titolare di una posizione e di poteri che, in verità, non ricopre⁷¹.

Così ricostruita, dunque, la figura del *falsus procurator* pare presupporre un preciso stato soggettivo in capo allo stesso, che, proprio in quanto finge di essere procuratore, simulando la titolarità di una posizione non reale, agirà in mala fede. Non pare, infatti, possa ricostruirsi diversamente l'atteggiamento psicologico di colui che «*se simulat procurator esse*», rispetto al quale, al pari

⁶⁹ Così si esprime P. ANGELINI, *Il procurator* cit., pp. 222 ss., il quale, in conclusione del proprio lavoro (p. 254) afferma che la bipartizione terminologica tra *falsus* e *verus procurator* sarebbe di matrice giustiniana e, in particolare, i compilatori avrebbero utilizzato i due termini per, da un lato, attraverso l'espressione *verus procurator*, «sottolineare la nuova concezione giustiniana», di un procuratore mandatario, e, dall'altro, con la qualifica di *falsus procurator*, «eliminare dalle fonti classiche la figura socio-economica del procuratore».

⁷⁰ Fra questi, si segnalano, in particolare: A. BURDESE, *Sul 'procurator'* cit.; M. KASER, *Das römische Privatrecht, 2. Das nachklassischen Entwicklungen*, München: Beck, 1975; e, da ultimo, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit.; si veda, inoltre, R. QUADRATO, *s.v. Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 38, Milano: Giuffrè, 1987, pp. 417-434.

⁷¹ Non tutti condividono, però, questa necessaria ricostruzione del *falsus procurator* come un simulatore: in particolare I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum: qui sciens indebitum accipit*, Milano: Giuffrè, 2006, pp. 22 ss. ritiene che il fraintendimento in ordine alla qualifica reale o fittizia di *procurator* di per sé non presupporrebbe necessariamente la simulazione, potendo l'apparente veste del *falsus procurator* quale reale rappresentante essere risultante anche dalla situazione oggettivamente considerata. L'apparenza infatti (come abbiamo ampiamente visto nel cap. 1) può anche essere oggettiva, e dunque non dipendere da una condotta attiva ingannatoria da parte del soggetto che appare titolare, pur non essendolo, della situazione giuridica, ossia nel nostro caso il *falsus procurator*.

di colui che «*se simulat creditorem esse*», non pare residuare spazio per la buona fede. Evidente, dunque, l'assimilazione tra la figura del *falsus creditor* e quella del *falsus procurator*, entrambi accomunati sul piano oggettivo da una condotta simulatoria che, sul piano soggettivo, si traduce in uno stato di necessaria mala fede⁷².

Proprio quest'ultima assimilazione ci consente, allora, – una volta terminata l'esposizione delle principali posizioni dottrinali emerse in ordine al problema del *falsus procurator* – di valutare se, quando e in che limiti il diritto romano riconoscesse effetti giuridici alla sua condotta. E, a riguardo, non possiamo che iniziare – non foss'altro per amor di simmetria e di corrispondenza – dal discorso lasciato aperto nel capitolo precedente, quando ci eravamo occupati del pagamento effettuato al *falsus creditor*, che come abbiamo visto veniva inquadrato da Ulpiano come fattispecie di *furtum*⁷³.

6. Il *falsus procurator* nelle fonti romane: *simulatio*, *mala fides* e *furtum*.

6.1. Il pagamento al *falsus procurator* e la responsabilità per il *furtum* dei *nummi*.

Il primo passo sul quale occorre soffermare la nostra attenzione con riferimento alla figura del *falsus procurator* è il frammento successivo a quello che già abbiamo analizzato addietro nella parte dedicata al creditore apparente. Se nel *principium* del brano, infatti, Ulpiano affronta il caso del pagamento effettuato nelle mani di un falso creditore («*is, qui se simulat creditorem* »)⁷⁴, in quello successivo (D. 47.2.43.1) il giurista prospetta la medesima questione

⁷² In questo senso si veda anche R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza* cit., p. 425, il quale ritiene che la qualificazione del *procurator* come *falsus* esprima «un'accezione negativa volta forse originariamente, o [...] a far risaltare l'atteggiamento simulatorio, il contegno di chi *simulabat se procuraorem esse*». Tale originaria accezione negativa sarebbe, peraltro, secondo l'autore, presente «ancora in età gaiana», come parrebbe emergere da Gai 4.84 (cfr. *supra*) e dal richiamo alla *bona fides* ivi contenuto.

⁷³ Sul *falsus creditor* e sulla sua responsabilità per il reato di *furtum* cfr. cap. 3.

⁷⁴ D. 47.2.43.pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): cfr. *supra*.

ma rispetto ad un diverso soggetto: in questo caso il destinatario passivo del pagamento non è infatti il *falsus creditor*, ma il *falsus procurator*⁷⁵. In questo caso, però, Ulpiano – il quale, a sua volta, riferisce il pensiero di Nerazio⁷⁶ – prospetta due diverse ipotesi⁷⁷, distinte in base alla diversa intenzione del soggetto che consegna il denaro al *falsus procurator*. In particolare, soltanto laddove questo effettui il pagamento con la volontà che i *nummi* giungano al creditore, la soluzione sarà conforme al caso prospettato nel *principium* e, dunque, a carico del *falsus procurator*, analogamente a quanto previsto per il *falsus creditor*, si configura «*sine dubio*» un'ipotesi di *furtum*.

D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)

Falsus procurator furtum quidem facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. [...]

Laddove invece il *tradens* intenda trasferire il denaro all'accipiente e, dunque, proprio al *falsus procurator*, quest'ultimo, sempre secondo Nerazio, non commette furto («*nullo modo eum furtum facere*») e anzi diventa legittimo proprietario del denaro.

⁷⁵ Sulla tesi che in passato ha sostenuto una presunta non autenticità e una probabile interpolazione del brano in questione, si rinvia all'esposizione di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 143, il quale, peraltro, rileva come si trattasse in verità di dubbi formali, «persuasivamente superati dall'esegesi del Medicus» (cfr. D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme durch den «falsus procurator»* cit., pp. 214 ss.), seguito poi dalla successiva dottrina (tra cui A. BURDESE, *Sul 'procurator'* cit., p. 326), che si è per lo più pronunciata a favore della genuinità del brano. Sul punto, si veda anche J. A. C. THOMAS, *A note on 'falsus procurator'*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 2, Torino: Giappichelli, 1968, pp. 407-420.

⁷⁶ Com'è stato rilevato (A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 142), in questo brano Ulpiano «riporta senza commentare» il pensiero di Nerazio: egli si limita, in sostanza, a fare da mero portavoce rispetto al *responsum* reso da altri.

⁷⁷ La non assolutezza della soluzione offerta rispetto al *falsus procurator*, per il quale è necessario operare un'ulteriore distinzione, è in certo modo preannunciata a livello lessicale – come correttamente rileva A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 142 – dall'utilizzo del verbo «*videtur*», che, rispetto al perentorio e quasi categorico «*facit*» utilizzato nel *principium* per l'ipotesi del *falsus creditor*, ha un valore maggiormente lieve e sfumato e, in quanto tale, sintomatico di maggiore cautela da parte del giurista che prospetta la soluzione.

[...] *Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant,
nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos
accipiendo.*

Soltanto nel primo caso, infatti, e non in quest'ultimo, l'impossessamento dei *nummi* da parte del *falsus procurator* è avvenuto «*invito domino*», ossia violando la volontà del proprietario tradente, che intendeva destinare il denaro non a lui, bensì al legittimo creditore.

Un ulteriore passo in cui compare la menzione del «*falsus procurator*» e in cui, di nuovo, viene ipotizzata una sua responsabilità a titolo di furto è la seguente testimonianza di Pomponio, che, pur nella sua concisione, presenta elementi rilevanti ai fini della nostra analisi.

D. 47.2.44.pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*)

*Si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit,
debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt.*

Nel brano riportato, Pomponio non pone in dubbio l'integrazione del *delictum* di *furtum* da parte del *falsus procurator*, la cui responsabilità nel caso di specie viene assunta come un dato pacifico. Per questo motivo, la dottrina che si è occupata del *furtum* ha evidenziato come la questione relativa all'integrazione o meno di tale *delictum* non rappresenti, a ben vedere, la questione centrale del frammento, rispetto al quale «il nodo problematico» sembrerebbe essere piuttosto concentrato nelle ultime parole della frase conclusiva, con cui Pomponio introduce la questione relativa alla proprietà dei *nummi*: questione, quella della titolarità del denaro, che ad avviso di questa dottrina «pare emergere sempre più nitidamente quale una costante nei testi in materia di falso procuratore»⁷⁸.

Peraltro, il nostro breve passo, oltre a non porre questione in merito alla sussistenza del *furtum*, non si interroga neppure in merito allo stato psicologico e soggettivo del *falsus procurator*, la cui condotta non viene descritta. Il brano, dunque, non offre elementi precisi né in ordine all'elemento oggettivo dell'illecito, né in ordine allo stato soggettivo del suo autore. Entrambi possono

⁷⁸ I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 74, la quale, a conferma del proprio assunto, cita ulteriori fonti dalle quali emerge, in modo non dissimile, la medesima questione.

soltanto essere ipotizzati sulla base dell'affermazione relativa alla sua responsabilità per furto, che fa presumere che abbia posto in essere, in mala fede, una condotta *lato sensu* fraudolenta. In merito a quest'ultimo aspetto, per la verità, se parte della dottrina ha ritenuto di poter ravvisare nel brano di Pomponio una conferma circa la definizione del *falsus procurator* come «*simulator*»⁷⁹, altri hanno correttamente evidenziato come, in verità, il testo non contenga alcun riferimento, né esplicito né implicito, ad una condotta simulatoria da parte del *falsus procurator*. Infatti, lo stato di malafede, comprovato dall'addebito a titolo di *furtum*, non necessariamente presuppone che questi abbia ingannato o raggirato il debitore che ha pagato nei suoi confronti⁸⁰. In questo senso, dunque, se Pomponio pare concordare con Ulpiano nel rappresentatore il *falsus procurator* come un soggetto che agisce in mala fede, egli tuttavia non lo segue quanto alla qualifica in veste di «*simulator*».

6.2. Il *falsus procurator* «sopravvenuto»: «*prius mandatum, deinde vetitum*».

Un'ulteriore ipotesi in cui viene prospettato un addebito a titolo di *furtum* nei confronti del *falsus procurator* e dove, a differenza del brano di Pomponio

⁷⁹ In questo senso si sono espressi, in particolare, sia P. ANGELINI, *Il procurator* cit., p. 233, che G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, 2. cit., p. 138. Gli autori hanno ritenuto di poter rinvenire nel brano in questione una prova circa la configurazione del *falsus procurator* come ingannatore e simulatore, facendo riferimento rispettivamente, il primo alla «*Durchgangstheorie*» (per la quale si rinvia alla ottima spiegazione e alla copiosa bibliografia offerta da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, p. 77, nt. 66), e il secondo all'*animus possidendi* che connota l'impossessamento e la *contrectatio*, quali elementi del delitto di furto, addebitato da Pomponio al *falsus procurator*.

⁸⁰ Questa è l'opinione recentemente fatta propria da A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 155 ss., il quale rileva come nel brano non vi sia «alcun indizio che faccia pensare ad inganni o raggiri perpetrati dal falso procuratore ai danni del tradente» e che dunque «nessun elemento emerge in maniera tale da far pensare ad un atto simulatorio, inteso in senso ristretto come artificio o raggio, elementi che non appaiono necessari nemmeno dal punto di vista del delitto di furto, per il quale riveste importanza lo stato soggettivo di consapevolezza del *falsus procurator*». In questo senso, l'autore si colloca nella linea di pensiero di quella parte della dottrina, che prima di lui aveva già obiettato che, se «la condanna per furto, cui allude il brano, testimonia lo stato di mala fede del *falsus procurator*, il quale era consapevole di non possedere legittimazione a ricevere il pagamento», tuttavia «lo stato soggettivo doloso non implica l'aver posto in essere un inganno, un artificio o un raggio ai danni del tradente», dal momento che si tratterebbe di «elementi tutti non necessari, bastando lo stato di apparenza tale da far credere al delegato di pagare nelle mani del *verus procurator*».

appena analizzato, compare espressamente il riferimento alla simulazione del titolo, è quella prospettata da Ulpiano nel frammento D. 46.3.18. In quest'ultimo caso, però, la falsità della procura deriva da un vizio non 'originario', ma potremmo dire 'sopravvenuto'. Nel caso di specie, infatti, la mancata legittimazione del procuratore ad agire non discende dall'assenza *ab origine* dell'autorizzazione del *dominus*, bensì dalla sua revoca intervenuta successivamente al conferimento.

D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*)

[...] *nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur.*

In questa parte del brano – che rappresenta la seconda parte del passo, in cui il giurista prende in considerazione, comparandole, due diverse fattispecie –, Ulpiano riferisce il caso in cui un debitore abbia eseguito il pagamento in favore di un soggetto che sapeva essere procuratore del proprio creditore e che, in effetti, in origine era effettivamente titolare di tale incarico. Tuttavia, al momento del pagamento il soggetto *accipiens* non è più *procurator*, essendo intervenuta la revoca dell'incarico da parte del *dominus*, il quale ha in un primo momento effettivamente conferito a tale soggetto la legittimazione a ricevere il pagamento nel suo interesse da parte del debitore, vietandogli tuttavia successivamente di procedere alla riscossione. Rispetto a tale fattispecie, Ulpiano si pone il problema della sorte del pagamento effettuato dal debitore nelle mani dell'ex *procurator*, il quale anziché avvertire circa il proprio mutato ruolo, finge di possederlo ancora, fingendosi procuratore e, dunque, simulando una qualifica attualmente non posseduta. Il caso appena descritto segue, nella descrizione di Ulpiano, quello riportato nella parte immediatamente precedente del passo, in cui il giurista descriveva l'adempimento effettuato nelle mani del servo manomesso: in quel caso il pagamento avrebbe avuto efficacia liberatoria per il debitore, qualora questi non fosse stato a conoscenza della intervenuta manomissione⁸¹. I due casi sono posti in parallelo da Ulpiano, dal momento

⁸¹ Nella prima parte del frammento D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*), infatti, sono riportati i seguenti casi, entrambi riferiti ad ipotesi di pagamento allo schiavo manomesso, pur per

che entrambi fanno riferimento a comportamenti posti in essere in virtù di un titolo non più attuale: nell'un caso a causa dell'intervenuta manomissione, nell'altro a seguito della revoca del potere rappresentativo.

Una fattispecie simile a quella appena prospettata emerge, poi, da altri due brani, rispettivamente attribuiti a Giuliano e ad Africano. Anche qui i giuristi riportano casi aventi ad oggetto un negozio che vede come parte un soggetto che, a fronte di un'originaria autorizzazione ad agire rilasciata dal *dominus*, ha visto successivamente intervenire un divieto da parte del medesimo, con conseguente revoca dell'incarico. Con la differenza, però, che nel caso esposto da Ulpiano vi è un espresso riferimento alla qualifica di «*procurator*», la quale invece non è menzionata nel contesto, pur analogo, riferito da Africano.

D. 46.3.34.3 (Iul. 54 *digest.*)

Si Titium omnibus negotiis meis praeposuerō, deinde vetuerō eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

Del tutto simile al caso appena citato risulta la fattispecie descritta da Africano, che presenta – anche a livello grammaticale e di costruzione della frase («*si praeposuerō [...] deinde vetuerō*», «*si iusserim [...] deinde vetuerim*») – una struttura affine a quella utilizzata da Giuliano.

D. 46.3.38.1 (Afr. 7 *quaest.*)

Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. Alioquin, quoniam furtum eorum sit facturū,

diverse cause («*ex contractu domini*» nel primo, «*ex causa peculiari* nel secondo»): «*Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit.*». In entrambi i casi la soluzione è la medesima: il debitore sarà liberato se ignorava l'avvenuta manomissione dello schiavo e quest'ultimo, se avrà agito «*intervertendi causa*», sarà responsabile per *furtum*: «*Utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit [...]*».

*mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure
non posse contingere debitori [...].*

Anche in questo caso siamo in presenza di un soggetto che è originariamente stato preposto alla gestione degli affari del *dominus* – «*Titium omnibus negotiis meis praeposuerō*» (Giuliano) «*debitorem meum iusserim Titio solvere*» (Africano) –, il quale ha in un secondo momento revocato l'incarico – «*deinde vetuero eum [...] administrare negotia mea*» (Giuliano) «*deinde Titium vetuerim accipere*» (Africano) –, vietando allo stesso di proseguire la gestione, ma senza comunicare tale decisione ai propri debitori, lasciati così all'oscuro dell'intervenuto mutamento (come dimostra l'analoga espressione utilizzata dai due giuristi, pur declinata da Giuliano al plurale e da Africano al singolare: «*ignorantibus debitoribus*» e «*debitor ignorans*»).

Analogo, dunque, il problema giuridico che anima i brani citati e che attiene evidentemente alla 'attualità' – o, come in questo caso, alla 'non attualità' – del titolo legittimante. Si tratta, infatti, di capire se e in che modo incida sull'efficacia dell'atto il fatto che questo sia stato compiuto verso un soggetto che, pur ricoprendo originariamente la qualifica richiesta per il suo compimento, la abbia successivamente perduta. Nel caso prospettato da Giuliano, peraltro, il procuratore è soggetto passivo e non attivo del pagamento: l'incarico ricevuto e poi venuto meno non era, infatti, quello di effettuare il pagamento, bensì di riceverlo e, dunque, il ruolo ricoperto dal *procurator* non è quello attivo di *dans*, ossia di autore del pagamento, ma quello passivo, di *accipiens*, ossia di destinatario. Il caso riportato attiene, pertanto, ad un'ipotesi di delegazione di pagamento, in cui il *procurator* riveste – o meglio rivestiva – il ruolo di delegatario.

Ora, in questi ultimi due casi, analogamente al precedente descritto da Ulpiano, il nodo della questione è rappresentato dal venir meno del titolo legittimante in capo al soggetto – originariamente ma non più attualmente – *procurator*, il quale ha, nonostante la perdita del titolo, comunque agito in tale veste. Così come comune ai tre passi è lo stato di buona fede dei debitori che hanno eseguito il pagamento, che risulta in entrambi i casi dalla sottolineatura, da parte sia di Ulpiano («*ignorans debitor*») che di Papiniano («*ignorantibus debitoribus*»), della loro ignoranza in merito alla perdita da parte del

procurator di tale titolo, da cui si ricava dunque la ragionevole convinzione di eseguire il pagamento nelle mani del soggetto legittimato a riceverlo. Ciò naturalmente è funzionale alla finalità che i due giuristi si propongono nell'analizzare la questione, che risiede nell'individuazione della sorte del pagamento effettuato dai debitori in simili circostanze.

Poste tali congruenze, però, mentre, nel passo precedentemente analizzato Ulpiano qualifica espressamente la condotta dell'ex procuratore Tizio come simulatoria («*Titio simulanti se procuratorem*») – esplicitando, altresì, in capo al suo autore la sussistenza di una responsabilità per il *delictum* di *furtum* –, un simile riferimento alla simulazione non è, invece, contenuto nei due frammenti da ultimo citati, in cui né Papiniano né Africano descrivono il procuratore come un «*simulator*», né tanto meno lo qualificano con l'aggettivo «*falsus*»; anzi, come accennato, riferendosi a tale soggetto Africano non utilizza espressamente neppure il vocabolo «*procurator*».

Tra i tre passi analizzati si evidenzia, dunque, una relazione paragonabile ad una sorta di *climax*, di gradazione che, con andamento crescente, esplicita progressivamente la figura del procuratore fittizio, integrandola attraverso ulteriori e successive specificazioni. In particolare, sul livello più basso troviamo la descrizione di Africano, che in modo generico e anonimo riporta la fattispecie, che ritroviamo con connotati pressoché identici nei successivi passi, i quali della stessa offrono però una maggiore caratterizzazione. Infatti, proseguendo nella nostra scala immaginaria, al gradino superiore troviamo D. 46.3.34.3, in cui Giuliano presenta la questione attinente al *procurator*, senza tuttavia qualificarlo né in termini di simulazione, né in termini di falsità. Dopodiché, in D. 46.3.18 compare il riferimento alla simulazione, che nella descrizione di Ulpiano connota la condotta del procuratore Tizio, il quale tuttavia non viene mai descritto come «*falsus*»; aggettivo, quest'ultimo, che dunque troviamo esplicitato soltanto da Pomponio in D. 47.2.44.pr.

Tuttavia, tale circostanza può forse trovare una spiegazione, almeno rispetto al brano di Ulpiano, alla luce di una interpretazione sistematica, che osservi i brani non *uti singuli*, bensì all'interno del rispettivo contesto di riferimento. Infatti, ampliando la visuale, emerge immediatamente che il passo ulpiano è stato collocato nel Digesto subito dopo una serie di frammenti, su cui abbiamo già avuto modo di soffermarci, che sia della simulazione sia del

falsus procurator fanno esplicita menzione. Ciò posto, allora, non è forse inverosimile ritenere che il caso riportato da Ulpiano, da noi appena richiamato, e inserito dai compilatori nel frammento 18 costituisca, rispetto a quelli immediatamente precedenti, una sorta di esemplificazione. Se così fosse, non dovrebbe allora troppo meravigliare la mancanza, nel frammento che funge da *exemplum*, del riferimento al *falsus procurator*, non strettamente necessaria, in quanto già oggettivata nel quadro generale descritto attraverso i precedenti frammenti.

Per quanto concerne, invece, i frammenti di Giuliano e di Africano, non può essere addotta una motivazione analoga a quella appena prospettata, pur ricorrendo in entrambi i casi fattispecie non dissimili da quella ulpiana, dal momento che si tratta pur sempre di ipotesi in cui un debitore esegue in buona fede il pagamento nei confronti di un soggetto che non è, però, ormai più legittimato a riceverlo. La spiegazione in questi casi potrebbe, forse, essere un'altra e, in particolare, discendere dal diverso peso attribuito alla condotta del *procurator*. Infatti, pur avendo i brani ad oggetto l'analoga questione relativa alla sorte del pagamento effettuato dai creditori al soggetto non più procuratore, tuttavia il comportamento di quest'ultimo viene riportato in maniera diversa. Mentre in Ulpiano, infatti, l'ex procuratore finge di essere ancora tale, inducendo così in errore i creditori che in buona fede pagano a lui, negli altri casi non si fa cenno ad una condotta parimenti ingannatoria del *procurator* 'dismesso'. In altre parole, mentre nel primo caso l'errore dei debitori è indotto dalla finzione creata dal procuratore fasullo, negli altri due è piuttosto frutto della negligenza del *dominus*, che ha omissso la relativa comunicazione. L'atteggiamento soggettivo che in questa fattispecie è rilevante e determinante non è, come nel caso descritto da Ulpiano, quello dell'ex *procurator*, che con dolo o comunque in mala fede abbia simulato una legittimazione in realtà assente, ma piuttosto quello del *dominus*, che negligenzemente e, dunque, colposamente non ha informato i propri creditori circa l'avvenuta revoca dell'incarico rappresentativo. Per questo motivo, probabilmente, nei brani di Giuliano e di Africano non compare il riferimento alla simulazione ed ecco perché il procuratore non viene descritto come un *simulator*. Motivazione, questa, che troverebbe ulteriore conferma nella formulazione del brano di Africano, il quale fa discendere la liberazione dal

fatto che Tizio abbia ricevuto il pagamento senza fine di lucro e soprattutto senza volere danneggiare i debitori («*si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur*»): egli non deve, in sostanza, – per utilizzare un'espressione propria del nostro legislatore – aver agito per conseguire «un ingiusto profitto con altrui danno»⁸². Africano, quindi, aggancia l'effetto liberatorio alla «*mens*», ossia allo stato soggettivo-psicologico dell'*ex procurator* (pur non espressamente qualificato in questi termini), che, in ultima analisi, deve risolversi nella *bona fides*: buona fede che dunque, qualora assente, potrà determinare una responsabilità dello stesso a titolo di *furtum* («*Alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus*»).

Ma, se quanto appena ipotizzato sulla base dei frammenti analizzati fosse vero, potrebbe allora prospettarsi un'ulteriore conseguenza. Il fatto che il termine *falsus procurator* compaia soltanto laddove sia presente anche il riferimento alla simulazione e, viceversa, che dello stesso non si faccia menzione laddove un comportamento simulatorio non sia posto in essere, significa forse che tra i due concetti sussiste un legame, nel senso che può parlarsi di *falsus procurator* soltanto rispetto a chi abbia falsamente manifestato una qualifica in realtà assente. Il che confermerebbe l'assunto di partenza e, più in generale, avvalorerebbe la tesi dottrinale che attribuisce al sintagma «*falsus procurator*» un significato suo proprio, correlato appunto a quello di «*simulator*».

6.3. Un diverso tipo di «*simulator*»: il *falsus procurator* e l'*usurpatio* dell'altrui identità.

Giunti a questo punto, è opportuno segnalare che l'utilizzo del concetto di 'simulazione' per spiegare l'espressione *falsus procurator* ricorre nelle fonti

⁸² La dizione «ingiusto profitto con altrui danno», per la verità, è utilizzata dal nostro codice penale non con riferimento al furto, ma rispetto ad altre fattispecie di reati contro il patrimonio, tra cui l'estorsione (art. 629 c.p.) e la truffa (art. 640 c.p.). In entrambi i casi l'elemento psicologico che connota il reato è il dolo generico, poiché il «procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno» non rappresenta semplicemente lo scopo in vista del quale il colpevole si determina al comportamento criminoso, ma costituisce un elemento della fattispecie oggettiva. Diversa è l'ipotesi del furto, per il quale il legislatore richiede, invece, il dolo specifico, descritto attraverso le parole «al fine di trarne profitto per sé o per altri» (cfr. art. 624 c.p.).

romane non soltanto per l'ipotesi appena descritta in cui il soggetto simuli di essere *procurator*, nel senso che finga di possedere tale qualifica, ma anche per la diversa situazione in cui lo stesso assuma falsamente le vesti del reale procuratore, spendendone falsamente l'identità e il nome. Quest'ultima ipotesi, per la verità, compare in una testimonianza isolata di Papiniano, la quale, pur utilizzando a sua volta il «sintagma *falsus procurator* nell'accezione di un soggetto simulatore»⁸³, ha ad oggetto una fattispecie diversa, che descrive piuttosto un caso di usurpazione di identità⁸⁴.

D. 47.2.81(80).6 (Papin. 12 *quaest.*)

*Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet,
si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit,
adsumpto debitorem alienum circumvenerit*⁸⁵. [...]⁸⁶

⁸³ Cfr. A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., pp. 184 ss., che all'analisi del frammento citato dedica un intero paragrafo (cap. 3, par. 6).

⁸⁴ Per questo motivo A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 185 rileva che Papiniano in questo passo non descrive il «caso di chi simula una legittimazione in realtà insussistente, ma piuttosto il «caso peculiare di colui che assume l'identità di un'altra persona che esiste». Per questo motivo l'autore conclude rilevando come di fatto la condotta materiale in questo caso integri a tutti gli effetti gli estremi di quella che noi «oggi definiremmo una truffa» (la cui condotta è descritta dall'art. 640 del nostro codice penale nel comportamento di «chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno»); o forse, potremmo aggiungere, anche un caso di sostituzione di persona ex art. 494 c.p. («Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, è punito, se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica, con la reclusione fino ad un anno.»).

⁸⁵ Il verbo «*circumvenerit*» con cui si chiude la prima parte del passo papiniano è stato oggetto di attenzione da parte dottrina, la quale ha sollevato dubbi in merito alla sua genuinità. Sul punto si rinvia all'esame di A. MILAZZO, *Falsus procurator* cit., p. 187, il quale a sua volta riporta una risalente tesi dottrinale che aveva ipotizzato, sulla base di un confronto con un altro brano del Digesto (D. 13.1.18, *supra* citato) e il relativo scolio di Stefano, un'avvenuta sostituzione del verbo «*circumvenerit*» al presunto originario «*convenerit*». Al di là di questo sospetto, le principali questioni esegetiche si sono tuttavia concentrate sulla seconda parte del brano, che però ai nostri fini non preme approfondire.

⁸⁶ Il brano [D. 47.2.81(80).6] prosegue poi con l'esposizione di un'ulteriore fattispecie, sempre concernente un caso di usurpazione dell'identità altrui, ma relativa questa volta non ad un rappresentante, bensì ad un creditore: «*Quod aequè probatur et in eo, qui sibi debere pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius*». Il secondo caso riportato da Papiniano descrive dunque l'ipotesi di chi si faccia consegnare del denaro, spacciandosi per l'erede del creditore (che nel brano è nominato Sempronio). In entrambi i casi il giurista qualifica le due fattispecie in termini di *furtum*, essendosi i soggetti simulatori appropriati illegittimamente del denaro di altri; a ben vedere, nelle stesse paiono rinvenibili gli estremi di una truffa, avendo entrambi i simulatori posto in essere artifici e raggiri al fine di dissimulare la realtà e conseguire, così, un ingiusto profitto.

Come si nota, la condotta posta in essere dal simulatore nel caso descritto da Papiniano è diversa da quella descritta da Ulpiano nel brano precedente. Quest'ultimo, infatti, fa riferimento al caso, che ancora noi oggi qualificiamo come *falsus procurator*, di chi si presenti al terzo come un rappresentante del *dominus*, senza aver ricevuto da questo alcun incarico e senza che rilevi se questo stesso incarico sia stato o meno conferito a terzi. Nel caso papiniano, invece, il simulatore non finge semplicemente di possedere un titolo inesistente, ma addirittura si spaccia per un'altra persona: nel primo caso finge la qualifica, ma non mente sulla propria identità, nel secondo invece si presenta falsamente sotto il nome di altri («*nomine quoque veri procuratoris*») e, di conseguenza, ne assume fittiziamente la qualifica e il titolo. Da ciò si ricava evidentemente la profonda differenza: nell'un caso la falsità del *procurator* riguarda il possesso del titolo che legittima la spendita del potere rappresentativo, nell'altro la falsità (e, quindi, la simulazione) riguardano, più radicalmente, l'identità della persona. Nel primo caso la simulazione ha ad oggetto una procura inesistente e, dunque, *falsa*, nel secondo l'identità di un procuratore realmente esistente e, quindi, *verus* («*veri procuratoris, quem creditor habuit*»).

7. Osservazioni conclusive in tema di *falsus procurator* e rappresentante apparente: il «ritorno» della mala fede.

Conclusa questa breve ricognizione, mediante la quale abbiamo cercato di individuare, attraverso alcuni esempi, i principali ambiti in cui ricorre il termine *falsus procurator*, è possibile forse trarre qualche conclusione in ordine al suo significato. Cercando, infatti, di mettere insieme, da un lato, le risultanze dei principali orientamenti dottrinali emersi in materia e, dall'altro, le informazioni tramandate dalla voce degli stessi giuristi latini, è emerso come la vicenda del *falsus procurator* nel diritto romano non abbia seguito un andamento lineare. Se molti sono i passi che attestano come, in età giustiniana, *falsus procurator* fosse ormai considerato esclusivamente il rappresentante 'non mandatario', altre testimonianze lasciano però indubbiamente emergere che, originariamente, tale espressione doveva

probabilmente avere un significato ulteriore, a sé stante e slegato rispetto al mandato. Dunque, pur concordando con la dottrina che oramai in via maggioritaria ripudia la tesi interpolazionista, non riteniamo tuttavia di poter accogliere in termini assoluti neppure quella che individua nel *falsus procurator* necessariamente l'autore di una simulazione. Come è emerso dall'analisi dei passi selezionati, non sempre l'espressione *falsus procurator* pare utilizzata dai giuristi romani come sinonimo di «*simulator*». Se certamente spesso la simulazione ricorre quale elemento costitutivo della fattispecie, come dimostrano i passi di Ulpiano e di Papiniano, non sempre tuttavia il comportamento del *falsus procurator* viene descritto in termini di «artificio e raggio». Né possiamo condividere la posizione di quanti hanno reputato di poter considerare tali condotte, *lato sensu* fraudolente, implicite nel riferimento all'addebito a titolo di *furtum*: se quest'ultimo, infatti, è sintomatico certamente di un contegno contrario a buona fede, non necessariamente implica però una condotta raggirante, che in ragione della sua gravità avrebbe presumibilmente dovuto essere oggetto di specifica menzione⁸⁷.

Se, dunque, la simulazione non compare come elemento costante nelle fattispecie relative al *falsus procurator*, quello che invece pare sempre essere presente è uno stato soggettivo di *mala fides*. Infatti, sia che abbia posto in essere un raggio, fingendo di possedere una qualifica che in verità non ha (o, addirittura, presentandosi sotto il nome di altra persona e così usurpandone, come abbiamo visto, l'identità), sia che semplicemente non abbia palesato l'assenza del titolo di legittimo rappresentante, facendo emergere l'assenza del mandato, in ogni caso ciò che accomuna tutte le fattispecie è l'aver agito in mala fede, ledendo consapevolmente un diritto altrui.

Alla luce di quanto osservato, pare allora doversi concludere che l'elemento che contraddistingue il *falsus procurator* non è tanto la simulazione, quanto la *mala fides*. Mala fede che sembrava essere scomparsa nelle testimonianze bizantine interpolate, dove *falsus procurator* è, come abbiamo

⁸⁷ S potrebbe citare a riguardo il fondamentale principio, per la verità operante in tema di *interpretatio legis*, che attribuisce al silenzio normativo valore di negazione. In base, infatti, al famoso brocardo, quanto non è scritto in una legge si presume che non sia stato voluto dal legislatore: «*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*».

visto, il «non mandatario», e che invece riemerge con vigore nel nostro diritto, dove ai fini della configurazione della responsabilità del *falsus procurator* è richiesta non semplicemente una situazione di apparenza oggettiva, – come avviene invece nei casi dell'erede apparente e del creditore apparente, che configurano ipotesi di apparenza pura – ma anche una condotta quantomeno colposa del 'finto' rappresentante. Nel nostro ordinamento, infatti, la rappresentanza apparente, *sub specie* di falsa procura, è configurata dalla giurisprudenza in termini di apparenza colposa e richiede, dunque, un *quid pluris* rispetto al semplice stato di obiettiva apparenza. *Quid pluris* che proviene dall'elemento soggettivo, ossia, appunto, dalla mala fede: mala fede che, pertanto, un tempo sopita, sembra essere oggi tornata al centro della definizione di *falsus procurator*.

In conclusione, la rappresentazione che viene offerta del *falsus procurator* pare espressa in termini 'negativi': ma in questo caso l'aggettivo 'negativo' non è utilizzato nel medesimo senso che abbiamo attribuito alla teoria interpolazionista, laddove aveva un significato privativo, di negazione della presenza del mandato, ma non era riferito allo stato soggettivo del *procurator*, rispetto al quale manteneva valore neutro. Piuttosto qui la 'negatività' esprime un giudizio di disvalore nei confronti della condotta propria del *falsus procurator*; ciò, infatti, è confermato dalla risposta che l'ordinamento predispone, che è diretta a colpire il comportamento contrario a buona fede e, dunque, lesivo dell'interesse altrui.

La soluzione giuridica rispetto alla fattispecie che vede protagonista il *falsus procurator*, dunque, si allinea a quella che abbiamo visto essere prevista nel caso del *falsus creditor*: è una risposta, da un lato, sanzionatoria del comportamento del soggetto in mala fede e, dall'altro, di tutela del terzo che da tale comportamento risulta danneggiato. Ciò che emerge, dunque, in fin dei conti è un'attenzione a reprimere la violazione della *bona fides*: e, in quest'ottica, ecco che l'ordinamento giuridico, ieri come oggi, deve preoccuparsi di disciplinare anche situazioni che fuoriescono dalla fattispecie tipica. Certo, il regime così configurato si declina in Roma soprattutto in termini sanzionatori, ma cionondimeno lascia emergere una sensibilità rispetto ad un fenomeno – non dissimile a quello che noi qualifichiamo in termini di

apparentia iuris – che, laddove trascurato, condurrebbe ad esiti ingiusti e iniqui: esiti che il diritto, che è «*ars boni et aequi*»⁸⁸, non può certo consentire.

⁸⁸ Il riferimento, a tutti noto, è alla celebre definizione celsina del diritto come «arte del buono e del giusto», tanto famosa e tanto apprezzata non soltanto dalla dottrina moderna – come dimostrano gli innumerevoli scritti dedicati alla sua esegesi e al suo commento – ma anche dai giuristi romani. E fra questi non solo da Ulpiano, che la riporta, apprezzandone l'eleganza, ma anche dagli stessi compilatori giustiniane, che scelsero infatti di riservarle un posto d'onore, collocandola come brano di apertura dell'intero *corpus* del Digesto: D. 1.1.1.pr. (Ulp. 1 *inst.*): «*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*». Alla fortunata immagine del diritto come «*ars boni et aequi*» ha dedicato particolare attenzione Filippo Gallo, di cui ci limitiamo a citare: F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 1-36; F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto e Storia*, 6 (2007), pubblicato in *dirittoestoria.it*; F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla de nozione celsina del diritto*, in *Diritto e Storia*, 7 (2008), pubblicato in *dirittoestoria.it*; F. GALLO, *Ars boni et aequi e ius naturale*, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 15-42; F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino: Giappichelli, 2010. Sul tema si vedano anche: A. GUARINO, *La concezione celsina del ius*, in *Labeo*, 32/1 (1986), pp. 75-76; J. IGLESIAS SANTOS, *Ars iuris*, in *Labeo*, 25/3 (1979), pp. 259-266; J. PARICIO, 'Ars iuris'. Juan Iglesias, en el recuerdo, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 493-501; L. PEPPE, *Riflessioni sulla nozione di 'iustitia' nella tradizione giuridica europea*, in *Ius Antiquum*, 17 (2006); S. RICCOBONO, *Jus est ars boni et aequi*, *BIDR*, 7 (1949-1950), pp. 223-236; V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino: Giappichelli, 1997; M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12, 4, 3, 7*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), pp. 1-82; P. VOCI, *Ars boni et aequi*, in *Index*, 27 (1997), pp. 1-22.

CAPITOLO V

L'APPARENZA DEL DIRITTO NELLE RELAZIONI FAMILIARI: FAMIGLIA DI FATTO, *MATRIMONIUM INIUSTUM* E CONCUBINATO

SOMMARIO: 1. Le unioni di fatto come «apparenza» di unioni matrimoniali. – 2. Matrimonio e convivenza «*more uxorio*» nel diritto italiano: la questione delle coppie di fatto. – 3. Il matrimonio nel diritto romano: *matrimonium* o *matrimonia*? – 3.1. Il *matrimonium* come *res facti*: fattualità e giuridicità del matrimonio romano. – 3.2. Pluralità di modelli coniugali: *matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum*, *concubinatus*. – 4. *Matrimonium iustum* e *matrimonium iniustum*. – 4.1. Il *matrimonium iniustum* per carenza dei presupposti giuridici: i requisiti Ulpiani. – 4.1.1. Il *conubium*. – 4.1.2. Il consenso. – 4.1.3. Pubertà ed età dei nubendi. – 4.2. Il *matrimonium iniustum* per violazione dei divieti legislativi. – 5. Il concubinato: «*non omnis mulier iuncta viro uxor est viri*». – 5.1. Il concubinato nel diritto italiano. – 5.2. Il concubinato nel diritto romano. – 6. Regime giuridico del *matrimonium* e delle diverse tipologie di unioni: estendibilità di alcuni effetti al *matrimonium iniustum* e al concubinato. – 6.1. Regime giuridico della filiazione: *liberi naturales*, *filii legitimi iusti* e *iniusti*. – 6.2. I rapporti tra coniugi: *matrimonium* e *manus* e la possibilità della *conventio in manum* in assenza di *iustae nuptiae*. – 6.3. Rapporti patrimoniali tra coniugi: il divieto di donazioni tra coniugi. – 7. Effetti penali delle unioni extraconiugali: estendibilità dell'*accusatio adulterii* alla *uxor iniusta* e alla concubina. – 7.1. Il dovere di fedeltà coniugale e il reato di adulterio: la *lex Iulia de adulteriis* e il regime repressivo augusteo. – 7.2. L'adulterio della *uxor iniusta*. – 7.3. L'adulterio della concubina. – 8. Osservazioni conclusive sull'apparenza nei rapporti familiari di fatto: una relazione «*magis vera quam speciosa*».

1. Le unioni di fatto come «apparenza» di unioni matrimoniali.

Se fino ad ora abbiamo preso in considerazione l'apparenza giuridica partendo dalle diverse forme in cui essa si manifesta nel diritto moderno, per valutare se e in che margini il diritto romano abbia conosciuto fenomeni analoghi, è adesso giunto il momento di spostare l'attenzione su un diverso ambito di studio che, per quanto non rientrante tecnicamente nell'alveo dell'*apparentia iuris*, a nostro modo di vedere non è da esso dissimile, condividendone in parte la struttura e l'essenza. Tale ambito, delicatissimo, è rappresentato dalle relazioni familiari diverse dal matrimonio.

Queste ultime, come accennato, in verità non costituiscono *stricto sensu* ipotesi di 'apparenza giuridica', stante la carenza degli elementi costitutivi individuati dalla dottrina per la sussistenza di tale figura, quali la situazione di

oggettiva apparenza, risultante in base a circostanze univoche, e (nell'apparenza colposa) il contributo soggettivo alla sua determinazione. In questo caso siamo piuttosto di fronte a relazioni familiari che, pur prive dei requisiti giuridici richiesti per la sussistenza dell'istituto matrimoniale, rivestono tuttavia una certa rilevanza, a diversi fini, per l'ordinamento, il quale non può pertanto disinteressarsi del fenomeno e deve, anzi, preoccuparsi di predisporre una disciplina in grado di rispondere ai principali interrogativi da esso derivanti. Trattasi, peraltro, di una risposta, quella che l'ordinamento è chiamato a rendere, per lo più dettata – come vedremo non solo nella nostra società moderna, ma anche in quella antica – da esigenze della società civile, la quale a fronte di situazioni che si presentano non così distanti dalla fattispecie giuridica tipica, come costruita e riconosciuta dalla legge, invoca la possibilità di estendere la tutela o il regime giuridico, che astrattamente non sarebbe ad esse riferito.

L'ambito di riferimento, dunque, in questo caso non è tanto la figura dell'«apparenza», ma è da ascrivere più genericamente ai «rapporti di fatto». Abbiamo però scelto di trattarne congiuntamente rispetto a figure che, ad una prima lettura, sembrano con esso aver poco margine di condivisione, in quanto nell'uno e nell'altro caso ci troviamo di fronte a situazioni che, agli occhi di un osservatore esterno, si presentano come corrispondenti alla fattispecie giuridica configurata dall'ordinamento. Certo, con la fondamentale differenza che, nel caso delle varie estrinsecazioni dell'apparenza giuridica tale situazione di confusione, di fraintendimento, potrà ingenerare un pregiudizio nei confronti dei terzi, i quali – come abbiamo visto – sono convinti di trovarsi di fronte al vero erede, al vero creditore, al vero rappresentante, e agiscono di conseguenza. Pertanto, è per essi che l'ordinamento deve predisporre tutela e, infatti, è per questi che viene enunciata la relativa disciplina giuridica.

Nel caso delle relazioni familiari fattuali, invece, la questione si pone su di un piano diverso; trattandosi infatti di rapporti paraconiugali, non si vuole qui tutelare la posizione dei terzi, ma piuttosto dare voce alle rivendicazioni dei membri della coppia attraverso il riconoscimento di diritti e facoltà. Rispetto alla coppia, gli unici terzi, i cui interessi potranno in questo contesto venire in rilievo, saranno i figli nati da tale relazione di fatto, verso i quali infatti

l'ordinamento sia moderno che antico ha, seppur con esiti diversi, preso posizione.

Occorre, tuttavia, avvisare fin d'ora che quanto appena affermato relativamente alla irrilevanza dei rapporti familiari di fatto rispetto ai 'terzi non figli', risulta in verità corretto soltanto per il diritto moderno, in cui gli interventi, dapprima giurisprudenziali, poi legislativi, si sono tutti rivolti a cercare di offrire una risposta giuridica soddisfacente rispetto alle pressanti richieste della società civile, che ormai da lungo tempo invocava tutela per tutti coloro che non avessero voluto¹ o potuto² contrarre un valido matrimonio, secondo i crismi legali.

Rispetto a tale prospettiva, invece, quella del diritto romano, come vedremo, risulta sfasata, in quanto, come cercheremo di mettere in luce, il riconoscimento di effetti giuridici non era *in antico* sancito in un'ottica di tutela dei soggetti interessati e coinvolti direttamente nella relazione di fatto – *matrimonium iniustum*³ o concubinato che fosse – ma piuttosto si proiettava all'esterno, in funzione di salvaguardia dei soggetti terzi ed esterni rispetto alla coppia, attraverso meccanismi sanzionatori dei comportamenti illeciti tenuti dai

¹ In fin dei conti la scelta di unirsi in un'unione coniugale, suggellandola mediante l'istituto matrimoniale, rimane pur sempre una scelta personalissima, rimessa alle intime valutazioni dei singoli, essendo dipendente dalle proprie opinioni, credenze, inclinazioni culturali, sociali e religiose. D'altra parte, la volontà coniugale rappresentava, anche nel diritto romano, uno dei due elementi costitutivi, assieme alla convivenza stabile e duratura, su cui il matrimonio fondava la sua stessa esistenza. Tale volontà, che nel contesto del *matrimonium* assumeva il nome di *affectio maritalis*, non doveva mai abbandonare la coppia, pena la dissoluzione stessa del vincolo che su di essa si fondava. Tra i molti scritti dedicati all'*affectio maritalis* e alla volontà matrimoniale, ci limitiamo a citare i fondamentali: E. VOLTERRA, *Consensus facit nuptias. La definizione essenziale giuridica del matrimonio: atti del Colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979*, Roma: Libreria editrice della Pontificia università lateranense, 1980, pp. 44-56; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, Wolters Kluwer CEDAM, 2014 (2^a ed.), di cui si segnala, particolarmente, il Capitolo I (*Definizione e libertà di matrimonio* – pp. 3-62) della Parte Prima della monografia, di recente pubblicato, su proposta dell'Autore (e consenso dell'Editore), sulla rivista on-line *Diritto e Storia* 15/2017 (dirittoestoria.it).

² Il riferimento è qui evidentemente alle coppie omosessuali, per le quali, fino alla recente legge Cirinnà, non era previsto un istituto simile a quello matrimoniale. Oggi, com'è noto, tale lacuna è stata colmata, per quanto non attraverso l'estensione dell'istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso, bensì attraverso l'introduzione della figura di nuovo conio rappresentata dalle unioni civili.

³ L'accostamento del *matrimonium iniustum* e del concubinato e la qualificazione di entrambe come «relazioni di fatto» potrebbe prestare il fianco a critiche. Come avremo modo di verificare in prosieguo, il *matrimonium iniustum* non dovrebbe essere considerato tecnicamente una relazione di fatto, qualifica da riservarsi esclusivamente al concubinato. Tuttavia, per il momento ci è utile considerarli congiuntamente quali relazioni distinte dal *matrimonium (iustum)*, riservandoci di approfondire più avanti i rispettivi connotati e le relative differenze.

membri della coppia stessa⁴, che dunque, proprio sanzionandoli, ne riconoscono indirettamente una qualche portata e rilievo giuridico.

Questa inversione di prospettiva, da un lato, introduce un elemento differenziale rispetto all'analogo fenomeno così come presente nel nostro ordinamento attuale, dall'altra, viceversa, accorcia la distanza rispetto alle situazioni, di cui finora ci siamo occupati – erede apparente, creditore apparente, rappresentante apparente – espressioni del principio dell'apparenza giuridica.

Ecco perché si ritiene che non sia abnorme confrontare, nel contesto giuridico di Roma antica, apparenza giuridica e relazioni paraconiugali diverse dal *matrimonium iustum*. Questo è il motivo per cui, forse con scelta in parte azzardata, abbiamo deciso di parlarne in questa sede, affiancando due fenomeni, quello dell'apparenza da un lato e quello dei rapporti familiari di fatto dall'altro, *prima facie* tra loro distanti⁵. Con i paragrafi che seguono si cercherà, dunque, di chiarire meglio i motivi di questa scelta, esaminando le diverse ipotesi di relazioni paraconiugali che Roma antica ha conosciuto e valutando di volta in volta se e a quali fini alle stesse l'ordinamento riconobbe una qualche efficacia sul piano giuridico. Se, come auspichiamo, il ragionamento confermerà quanto sostenuto in questa premessa, la nostra scelta non parrà forse poi tanto insostenibile e quest'ultimo capitolo si coniugherà e armonizzerà con il resto del lavoro, chiudendo il cerchio del ragionamento finora profilato e conferendo – confidiamo – logicità all'intera tesi che abbiamo cercato di portare avanti.

Con questo obiettivo, inizieremo dunque il nostro discorso introducendo – secondo il percorso adottato ai capitoli precedenti – l'argomento delle relazioni familiari di fatto così come disciplinato nel nostro ordinamento, attraverso una breve analisi dello *status quo* anteriore e successivo ai recenti

⁴ È quanto cercheremo di dimostrare quando tratteremo dell'adulterio della *uxor iniusta*, sul quale si veda *infra*, par. 7.2.

⁵ Ma, a ben vedere, la scelta di trattare congiuntamente il tema dell'*apparentia iuris* e quello dei rapporti familiari di fatto non è forse poi così azzardata se – come accennato nelle pagine introduttive – anche l'allora Primo Presidente della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio, nel delineare una delle prime definizioni di «apparenza del diritto», fra i principali casi citati come espressione del fenomeno inseriva anche «lo stato di concubinato», affermando espressamente che «non rare volte questo si presenta con l'apparenza di una unione legittima» (M. D'AMELIO, *s.v. Apparenza del diritto* cit., p. 717).

interventi normativi. L'analisi, come sempre, sarà breve e funzionale unicamente a dare conto del quadro giuridico vigente attualmente, per cogliere gli elementi di continuità ma, ancor più, quelli di frattura rispetto al sistema proprio del diritto romano.

Dopodiché l'attenzione si sposterà e focalizzerà sul passato e prenderà in considerazione le diverse relazioni familiari che il diritto romano conobbe: saranno, così, individuate e analizzate le varie figure di rapporti extraconiugali diffusi nel mondo latino, in particolare il *matrimonium iniustum* e il concubinato, i quali saranno letti in rapporto all'unica vera forma di relazione di coppia, rappresentata dal *iustum matrimonium*, di cui dunque sarà necessario offrire una sintetica ricostruzione, come preludio all'analisi delle citate figure. Tali descrizioni saranno naturalmente funzionali rispetto all'individuazione dei margini di efficacia giuridica riconosciuti alle citate relazioni paraconiugali e alla comprensione della loro effettiva portata e, pertanto, anche lo spazio e l'approfondimento loro dedicato sarà parametrato a tale obiettivo⁶.

Prima di addentrarci, però, nell'analisi dei rapporti familiari extramatrimoniali contemplati dall'esperienza giuridica romana, premettiamo – anche in questo caso seguendo l'impostazione accolta nei precedenti capitoli – un breve inquadramento della disciplina giuridica delle coppie di fatto e delle relazioni *more uxorio* nell'ordinamento italiano.

2. Matrimonio e convivenza «*more uxorio*» nel diritto italiano: la questione delle coppie di fatto.

Come la famiglia legittima (o «di diritto») ha subito dall'entrata in vigore del codice civile ad oggi importanti modifiche, a seguito di successivi interventi normativi che ne hanno profondamente mutato la conformazione⁷,

⁶ Questa precisazione è intellettualmente doverosa, in quanto gli istituti dei quali si cercherà di offrire un sintetico inquadramento – *matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum* e concubinato – costituiscono oggetto di studio sconfinato ed inesauribile, potendo pacificamente prestarsi ciascuno ad un'analisi monografica, come attestano gli innumerevoli studi che da un secolo a questa parte sono stati ad essi dedicati da autori di tutte le epoche e di tutte le nazionalità, ai quali cercheremo di volta in volta di fare riferimento e di rinviare per i necessari approfondimenti.

⁷ Il processo evolutivo che, a partire dagli anni Settanta, ha contraddistinto il diritto familiare italiano, ha preso avvio con la legge del 1 dicembre 1970 n. 898, che ha introdotto il divorzio,

così anche la famiglia naturale (o «di fatto»)⁸ non è stata estranea a tale processo evolutivo⁹. In questo secondo caso, però, l'impulso verso il

confermato dal referendum del 12 maggio 1974. Ad essa è seguita, poco dopo, la complessiva riforma del diritto di famiglia, attuata con la legge 19 maggio 1975 n. 151, che, fra l'altro, ha cancellato la «patria potestà» del marito, sostituendola con la «potestà genitoriale» condivisa da entrambi i coniugi; quest'ultima, peraltro, si è recentemente evoluta in «responsabilità genitoriale» a seguito della recente riforma del 2013 (attuata dal decreto legislativo 28 dicembre 2012 n. 154, emanato in attuazione della legge delega 10 dicembre 2012 n. 219), che ha inoltre cancellato dal codice ogni riferimento alla distinzione tra figli naturali e legittimi, sostituendo i relativi aggettivi con le dizioni nati «all'interno» e «fuori» del matrimonio, consacrando così definitivamente l'unitarietà dello *status* di figlio.

⁸ Le espressioni famiglia 'legittima' o 'di diritto' e famiglia 'naturale' o 'di fatto' sono da sempre radicate nel gergo civilistico. In particolare, esse sono così definite da A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1218: «la famiglia legittima è quella fondata sul matrimonio (secondo la formula ribadita dalla stessa Carta costituzionale, art. 29 comma 1 e art. 30 comma 3). Essa si costituisce per effetto del compimento di uno specifico atto regolato dalla legge (il matrimonio appunto), produttivo di una serie di effetti legali. Per famiglia di fatto si intende quella costituita da persone che, pur non essendo legate tra loro dal vincolo matrimoniale, convivono come se fossero coniugati (*more uxorio*), insieme agli eventuali figli nati dalla loro unione.» Si riporta anche la definizione di M. DOGLIOTTI, s.v. *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino: UTET, 1992, pp. 188 ss.: «Per famiglia di fatto deve intendersi una convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra un uomo ed una donna, che si comportano come se fossero marito e moglie». Sul tema della famiglia di fatto si citano, inoltre, i seguenti contributi: S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 2009; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova: CEDAM, 2004; F. D. BUSNELLI – C. S. BRUCH, *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli: ESI, 1988; F. D'ANGELI, *Profili della famiglia di fatto: la fattispecie*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 225-295; ID., *La famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 1989; G. FERRANDO, *Le unioni di fatto tra disciplina per legge e autonomia privata*, in *Quaderni di diritte politica ecclesiastica*, 1 (aprile 2002), pp. 165-196; F. FRANCESCHELLI, *Famiglia, convivenza, famiglia di fatto*, in *Principi, regole, interpretazione. contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, 2, Mantova: Universitas Studiorum, 2017, pp. 25-32; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 31/2 (1981), pp. 260-269; ID., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 1983; V. MARANO, *Le unioni non matrimoniali: problemi e prospettive di disciplina normativa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (2002), pp. 197-226; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 1991; A. PELLARINI, *La famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 2003; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 9/2 (1988), pp. 601-617; V. POCAR – P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari: Laterza, 1998; V. ROPPO – V. M. BENEDETTI, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani (aggiornamento)*, 35, Milano, 1999, p. 1; A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (1988), pp. 19-42; G. VIARENGO, (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell'incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Torino: Giappichelli, 2017.

⁹ Sul tema della famiglia legittima e naturale e sulla nuova regolamentazione giuridica delle unioni civili e delle convivenze di fatto, si vedano: G. BONILINI, 2: *La famiglia*, in N. LIPARI – P. RESCIGNO, *Diritto civile*, 1: *Fonti, soggetti, famiglia*, cit., in particolare, la parte 5^a, relativa alla famiglia non fondata sul matrimonio; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2: *La famiglia, le successioni*, cit., pp. 25 ss. sulla famiglia di fatto e pp. 32 ss. sulla regolamentazione contrattuale della convivenza; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 1: *Le categorie generali, le persone, la proprietà, la famiglia, le successioni, la tutela dei diritti*, cit., in particolare parte 4, cap. 1, par. 141, pp. 547 ss., relativa alla famiglia di fatto; F. ALCARO, *Diritto Privato*, cit., pp. 650 ss. sulla famiglia di fatto; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 754 ss. sulla famiglia di fatto; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 316 ss. sulla famiglia di fatto, nonché pp. 414 ss., 433 ss. sulla filiazione; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 1010 ss., 1021 ss., 1033 ss., 1057 ss., sulle unioni civili e convivenza di fatto, nonché pp. 1072

cambiamento non è provenuto dal legislatore, il quale, anzi, un po' per la ritrosia di parte del parlamento ad accogliere il cambiamento, un po' per l'oggettiva difficoltà di rispondere in maniera efficace e tempestiva alle mutate esigenze del tempo, ha limitato o quantomeno rallentato tale processo. La principale spinta verso la progressiva trasformazione dell'istituto familiare è, piuttosto, stata determinata dalla coscienza sociale ed è stata poi fatta propria, stante l'indiscussa rilevanza giuridica del fenomeno, dagli interpreti del diritto. Infatti, come sempre avviene quando ci si trova di fronte a fattispecie che si collocano *'in limine iuris'*, anche sul tema delle coppie di fatto si è posto il problema del loro trattamento. Tale dibattito, che ha in breve tempo pervaso l'opinione pubblica coinvolgendo ogni parte della società, ha inevitabilmente travalicato i confini strettamente giuridici e si è trasformato in una questione politico-culturale, che ha visto contrapporsi, in sostanza, due diversi schieramenti. Da un lato, i sostenitori di un modello familiare tradizionale, i quali ritenevano che tali unioni, non integrando gli estremi dell'istituto familiare giuridicamente riconosciuto, non potessero esigere l'applicazione della relativa disciplina; dall'altro, coloro che, immaginando un modello di famiglia dai confini meno rigidi, sostenevano che il diritto, piuttosto che limitarsi a respingere la diversità in quanto non conforme ai parametri legali, dovesse essere in grado di accoglierla e predisporre i giusti strumenti per disciplinarla e tutelarla dal punto di vista giuridico.

Tali suggestioni hanno col tempo assunto una risonanza sempre più ampia e, se inizialmente erano confinate all'interno del dibattito dottrinale, sono state poi recepite dalla giurisprudenza – non solo nazionale, ma anche europea e internazionale¹⁰ – che già prima della definitiva presa di posizione del legislatore, intervenuto solo di recente a disciplinare la materia, si era

ss. e 1082 ss. sul riconoscimento del rapporto di filiazione; V. ROPPO, *Diritto Privato*, cit., pp. 873 ss. sulle unioni civili omosessuali e convivenze di fatto; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 1218 ss. sulla famiglia legittima e famiglia di fatto; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 507 ss. sulle unioni civili e convivenze di fatto; P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 1319 ss. sulla famiglia di fatto, nonché pp. 1301 ss. sulla filiazione. Sul tema della filiazione, nella mutata realtà del diritto di famiglia, si veda inoltre la recente monografia di A. GORGONI, *La filiazione*, Torino: Giappichelli, 2018, nonché il precedente ID., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Assago Padova: Wolters Kluwer CEDAM, 2017.

¹⁰ A riguardo, si veda G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 4 (2012), pp. 282-289.

pronunciata su alcune questioni di frequente ricorrenza, manifestando apertura verso il riconoscimento di effetti giuridici anche ai rapporti di fatto. Tali orientamenti giurisprudenziali, che già avevano posto le basi per l'individuazione del nuovo statuto familiare, sono infine confluiti nella lettera della legge, che ha di recente consacrato il riconoscimento da parte dell'ordinamento italiano delle unioni diverse dal matrimonio. Ciò è quanto è avvenuto con la legge n. 76 del 20 maggio 2016¹¹ – divenuta famosa alle cronache col nome della sua artefice, la senatrice Monica Cirinnà – recante la disciplina delle unioni civili¹² non fondate sul matrimonio e, inoltre, delle convivenze di fatto¹³, nonché dei tanto discussi contratti o accordi di convivenza¹⁴. Con tale provvedimento l'ordinamento italiano ha, infatti, finalmente offerto copertura giuridica alle unioni diverse dal matrimonio, disciplinando i rapporti di coppia di coloro che non possono, poiché dello stesso sesso, o non vogliono, per proprie motivazioni culturali, accedere all'istituto matrimoniale, pur essendo legati da una stabile relazione affettiva o,

¹¹ Legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» (pubblicata in Gazzetta Ufficiale al n. 118 del 21 maggio 2016 ed entrata in vigore del provvedimento il 5 giugno 2016).

¹² L'unione civile è l'istituto, analogo al matrimonio, con cui nel nostro ordinamento hanno ottenuto riconoscimento giuridico le coppie formate da persone dello stesso sesso. Tale istituto estende alle coppie omosessuali la quasi totalità dei diritti e dei doveri previsti per il matrimonio (ad eccezione dell'obbligo di fedeltà e della disciplina in materia di adozione). In questo modo è stata finalmente risolta l'annosa questione del trattamento giuridico delle unioni tra soggetti dello stesso sesso, che fino all'entrata in vigore della legge 76/2016 erano per il diritto italiano considerati alla stregua di due estranei, essendo loro precluso di contrarre matrimonio, per il quale il nostro sistema civilistico richiede che i membri della coppia siano di sesso diverso.

¹³ Il comma 36 del monoarticolo della Legge Cirinnà, composto da ben 69 commi, così definisce la convivenza di fatto: «Si intendono per 'conviventi di fatto' due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.»

¹⁴ Sui contratti di convivenza si vedano, tra gli altri: F. GERBO, *I contratti di convivenza: rilevanza e contenuti*, in *Vita notarile*, 3 (2007), pp. 1367-1371; M. IEVA, *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Rivista del Notariato*, 1 (2001), pp. 37-44; M. LUPOI, *Possibile creare una struttura di tutela per nuclei riconosciuti e coppie di fatto*, in *Guida al Diritto – Dossier*, 7 (2011), pp. 32-34; G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. impr. Eur.*, 1 (2004), pp. 17-90; A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, "status" dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contr.*, 10 (2013), pp. 913-924; G. SAVORANI, *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Politica del diritto*, 1 (2014), pp. 37-80. Sulla tutela del convivente di fatto si veda, inoltre, A. CARRATO, *Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune?* (nota a Cass. Civ., sez. II, 21 marzo 2013, n. 7214), in *Corr. Giur.*, 12 (2013), pp. 1535-1542.

per utilizzare il concetto latino, da un solido vincolo di *affectio*¹⁵, così finalmente uniformandosi all'impostazione già accolta da molti paesi europei¹⁶. In questo modo si è data, inoltre, definitiva attuazione al disposto dell'art. 2 della nostra Carta costituzionale, che tutela i diritti dell'individuo non soltanto *uti singulus*, ma anche nelle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»¹⁷: concetto, quest'ultimo, nel quale risultano evidentemente ricompresi tutti i modelli di relazione di coppia, che oggi compongono il frastagliato «arcipelago» in cui si è disarticolata la (un tempo) unitaria «isola» familiare¹⁸.

3. Il matrimonio nel diritto romano: *matrimonium* o *matrimonia*?

3.1. Il *matrimonium* come *res facti*: fattualità e giuridicità del matrimonio romano.

Alla luce delle brevi ma fondamentali premesse finora svolte in ordine al tema dei rapporti familiari di fatto, è possibile adesso valutare se la tendenza a riconoscere taluni effetti giuridici a situazioni difformi dal modello legale fosse propria anche del mondo antico e, in particolare, avesse conosciuto manifestazioni già nell'esperienza romana.

¹⁵ Sull'*affectio* come elemento costitutivo del matrimonio romano avremo modo di soffermarci *infra*: cfr. par. 3.2.

¹⁶ L'adeguamento dell'ordinamento italiano al *trend* già inaugurato in diversi paesi europei, anche a noi vicini (basti pensare alla Francia e alla Spagna), è messo in evidenza anche dalla dottrina civilistica, tra cui: V. ROPPO, *Diritto Privato*, cit., p. 873, il quale rileva che con la L. 76/2016 «il legislatore italiano si è finalmente allineato ai molti sistemi giuridici occidentali che danno un riconoscimento alle coppie omosessuali».

¹⁷ Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.»

¹⁸ La fortunata definizione della famiglia come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto» è di Arturo Carlo Jemolo, con il quale si è, poi, posto in dialogo Francesco Donato Busnelli, rilevando come oggi, a seguito del moltiplicarsi dei modelli familiari, l'«isola» si sia frantumata in un frastagliato «arcipelago». Cfr. A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Milano: Giuffrè, 1957, pp. 223-241; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 48/4 (2002), pp. 509-529.

Per quanto concerne i rapporti familiari di fatto, l'ambito elettivo è sicuramente rappresentato, tanto oggi quanto in Roma antica, dai rapporti tra coniugi e dal loro tradursi o meno in un vincolo stabile e giuridicamente riconosciuto come 'matrimonio' (*matrimonium*).

Una simile analisi necessita, tuttavia, di una notazione preliminare, imposta dalla peculiarità dell'oggetto trattato rispetto agli istituti analizzati nei capitoli precedenti, ossia le più volte citate figure di apparenza giuridica riguardanti l'erede, il creditore e il rappresentante. Mentre, infatti, questi ultimi sono istituti giuridici in senso tecnico, ai quali l'ordinamento equipara, limitatamente a determinati effetti, le rispettive fattispecie di apparenza (erede, creditore e rappresentante apparente), lo stesso non può affermarsi del matrimonio romano, che notoriamente viene qualificato alla stregua di una «*res facti*»¹⁹. Detto altrimenti, mentre le prime sono costruzioni elaborate dal diritto, che artificialmente allinea mediante un artificio giuridico *ius* e *factum*, al contrario il matrimonio a Roma, anche quello *iustum*, si caratterizza per essere esso stesso, per primo, una situazione di fatto, alla quale vengono paragonate

¹⁹ Sulla rappresentazione del *matrimonium* come «*res facti*» insistono tutti i principali manuali istituzionali di diritto romano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 434 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 149 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 226 ss.; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., pp. 147 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 553 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 224 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., pp. 450 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 428 ss.; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 240 ss.; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., pp. 92 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 131 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 643 ss. Sul matrimonio, oltre alla fondamentale voce di E. VOLTERRA, s.v. *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 25, Milano: Giuffrè, 1975, pp. 726-807 (= *Scritti giuridici*, 3: *Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 223-304), che segue il precedente studio: ID., *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *BIDR*, 17 (1975), pp. 245-270; si vedano anche: R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova: CEDAM, 2002; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova: CEDAM, 2006; S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford: Clarendon Press, 1991; R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in *SDHI*, 56 (1990), pp. 323-346. Per quanto concerne, poi, lo scioglimento del vincolo matrimoniale, mediante *repudium* o *divortium*, ci limitiamo a citare, oltre alle voci di E. VOLTERRA, s.v. *Divorzio. Diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, 6, Torino: UTET, 1968, pp. 62-64 e di E. CANTARELLA, s.v. *Scioglimento del matrimonio. Diritto romano*, in *Enc. dir.* 41, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 648-651, alcuni fondamentali riferimenti: E. VOLTERRA, *Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio*, in *Scritti giuridici*, 4. *Le fonti*, Napoli: Jovene, 1993, pp. 521-528; E. CANTARELLA, *Ripudio, sacertà, condizione femminile: a partire da una recente interpretazione di Plut., Rom. 22*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich: Helbing & Lichtenhahn, 1999, pp. 15-23; P. GIUNTI, *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, 2, Milano: Giuffrè, 2008, pp. 323-348.

per differenza ulteriori situazioni, anch'esse fattuali, che, come vedremo, dallo stesso si distinguono per la carenza di uno o più requisiti (*matrimonium iniustum*) o addirittura per l'assenza di elementi costitutivi o strutturali (concubinato).

Operata questa doverosa precisazione e, dunque, nella consapevolezza che a Roma il matrimonio era di per sé una situazione fattuale, occorre tuttavia immediatamente aggiungere che l'affermazione secondo cui il matrimonio romano era una *res facti* non presuppone, tuttavia, che si trattasse di un fatto irrilevante dal punto di vista giuridico. Al contrario, il matrimonio era a Roma un istituto fondamentale, al quale erano connessi rilevanti effetti giuridici²⁰. Emblematica, a riguardo, è l'autorevole definizione di Edoardo Volterra, il quale, proprio valorizzando la dialettica tra *factum* e *ius*, mise in luce la doppia anima del *matrimonium* romano, fattuale e giuridica assieme, descrivendolo come una situazione di fatto a rilievo giuridico.

Il fondamentale ruolo giuridico attribuito al *matrimonium* nel contesto di Roma antica emerge con evidenza anche dalle fonti latine, che rappresentano l'unione fra i coniugi come l'imprescindibile pilastro su cui si basavano le fondamenta della famiglia e, in certo modo, della stessa *civitas*. In particolare, è Cicerone, in una celeberrima testimonianza tratta dal *De officiis*²¹, a ricordarci che proprio il *matrimonium* costituisce il «*seminarium rei publicae*»²²; espressione, quest'ultima, che noi moderni potremmo tradurre come il «vivaio dello Stato», ossia il focolaio vivido e fertile in seno al quale germogliano e si dipanano tutte le relazioni sociali, che nella loro varietà ed

²⁰ In particolare, si veda E. VOLTERRA, *s.v. Matrimonio (diritto romano)*, cit., dove l'autore afferma che l'indagine svolta dai giuristi romani in ordine alla sussistenza dell' *affectio maritalis* nell'ambito di una convivenza stabile, era «diretta a qualificare giuridicamente in un determinato momento un'unione coniugale esistente di fatto».

²¹ Il *De officiis* rientra tra le opere filosofiche di Cicerone e, dunque, in tale contesto la sua personalità emerge nella veste di filosofo e non in quella di retore. Nel brano citato la riflessione di Cicerone è incentrata, infatti, intorno alla funzione del *matrimonium*, nel quale l'autore individua il nucleo fondativo dell'intera organizzazione familiare, la base imprescindibile sulla quale si costruiscono e si articolano tutte le ulteriori relazioni familiari e, ad un livello più alto, anche sociali. Tale fondamentale ruolo ricoperto dal matrimonio è evidentemente conseguenza della funzionalizzazione del matrimonio stesso alla procreazione, ossia del suo essere concepito e giustificato *liberorum procreandorum causa*.

²² Cicerone aggiunge, poi, che il matrimonio è «*seminarium rei publicae*», ossia il vivaio dello Stato, la base dell'organizzazione politica. La *prima societas* rappresentata dal *coniugium* è ciò che consente alla *civitas* di esistere e di crescere: la famiglia, in quanto finalizzata alla procreazione, è *seminarium rei publicae*, poiché garantisce il rinnovarsi delle generazioni e, in ultima analisi, la conservazione e la sopravvivenza del genere umano.

eterogeneità, prendono avvio e trovano una comune origine in quella primissima e primordiale forma di associazione – «*prima societas*», afferma l'Arpinate – rappresentata dal *coniugium*.

Cic., *De off.* 1.17.54

Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.

Tale fondamentale ruolo ricoperto dal matrimonio nell'antica Roma, che le parole di Cicerone mettono in luce in maniera così cristallina e pregnante, è evidentemente il riflesso della funzione ad esso attribuita all'interno dell'ordinamento giuridico romano, dalla quale emerge con evidenza lo stretto e ineludibile collegamento tra famiglia e società, tra matrimonio e Stato, rappresentato dalla finalità procreativa del matrimonio stesso (*liberorum procreandorum o quaerendorum causa*)²³.

Legame, quello citato, di fronte al quale oggi si agitano con veemenza le rivendicazioni sociali e rispetto a cui dunque l'ordinamento civilistico sta inevitabilmente orientandosi a prendere le distanze. Ecco che allora la società

²³ In merito all'espressione *liberorum procreandorum o quaerendorum causa*, si vedano le osservazioni di C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, 2: *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2005, pp. 371 ss., la quale rileva come tale dizione, seppur con lievi varianti di forma, sia presente già in Ennio (*Enn. apud Fest.*, p. 312 L. s.v. *Quaeso*), Plauto (*Aulularia*, 146 ss.), Varrone, citato da Macrobio (*Macrob., Sat.* 1.16.8), usata come sinonimo di matrimonio. La stessa osserva poi come l'espressione figuri in diversi testi giuridici [D. 50.16.220 (*Callistr. 2 quaest.*); *Tit. ex corp. Ulp.* 3.3; D. 49.15.21.pr. (*Ulp. 5 opin.*); 24.3.1 (*Pomp. 15 ad Sab.*)] e letterari (*Liv., Epit.* 59; *Val. Max.*, 7.7.4; *Tac., Ann.* 11.27; *Svet., Caes.* 52; *Gell., Noct. Att.* 17.21.44; *Quint., Decl.*, 247) di età classica sino a quella giustiniana e come sia presente anche nella Patristica, rinvenendosi peraltro in alcuni documenti matrimoniali di età classica e postclassica. L'autrice rileva, inoltre, (p. 373) come a tale espressione sia stato attribuito in dottrina, da alcuni, «un carattere di necessità giuridica, riconoscendo in essa la formula tassativa con cui l'uomo doveva dichiarare la propria volontà di prendere la donna come moglie legittima», da altri «un valore essenzialmente sociale, in quanto dichiara lo scopo etico dell'unione matrimoniale, mettendo in rilievo la posizione della donna chiamata ad assicurare la procreazione di discendenti legittimi». Quest'ultimo in particolare è il pensiero di Riccardo Orestano, secondo cui «prima ancora della posizione giuridica, essa pone in evidenza la posizione sociale della donna» (cfr. R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano: Giuffrè, 1951, pp. 325 ss.). Sul punto si veda anche M. P. ORSOLYA, «*Liberorum quaerendorum causa*». *L'image ideale du mariage et de la filiation à Rome*, in *RIDA*, 38 (1991), pp. 285-331.

dell'oggi²⁴, a seguito dell'erosione del monolitico istituto matrimoniale e della sua frantumazione in una serie di realtà eterogenee – dapprima, *more uxorio* e, oggi, a seguito della citata riforma Cirinnà, unioni civili e convivenze di fatto – si trova ad abitare un universo complesso, in cui la reazione matrimonio-famiglia-società-stato perde definitivamente ed inevitabilmente la sua univocità.

L'aspetto, infatti, che maggiormente connota il matrimonio a Roma e che lo rende non sovrapponibile al nostro moderno istituto, è la sua destinazione alla procreazione e, in particolare, alla generazione di una prole legittima: soltanto una legittima discendenza era, infatti, in grado di garantire quel risultato ultimo che rappresenta l'ambizione e, al tempo stesso, la preoccupazione di ogni *paterfamilias*, ossia la prosecuzione della *familia*. Soltanto l'esistenza di un valido *matrimonium*, e in particolare – come vedremo – di un *matrimonium iustum*, consentiva di considerare *sui* e non semplicemente *liberi* i figli, di farli ricadere nella *potestas* del *pater* e di renderli, così, al momento della sua morte, i legittimi eredi che avrebbero garantito la continuazione del nucleo familiare nei suoi vari aspetti, non soltanto patrimoniale, ma anche onomastico e religioso-sacrale²⁵.

²⁴ Il riferimento esclusivo alla società dell'oggi non è casuale: il rapporto tra matrimonio e famiglia e, in particolare, l'idea per cui il primo si fonda sul secondo, non è estranea al nostro ordinamento, il quale anzi ha scelto addirittura di consacrarla nel testo costituzionale, il quale all'art. 29 definisce la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio».

²⁵ A Roma, infatti, ciascun nucleo familiare, ruotava attorno a tre fondamentali elementi: il patrimonio, che rappresentava la base economico-materiale; il nome, che nella sua triplice articolazione – *prenomen*, *nomen*, *cognomen* – segnalava l'appartenenza ad un determinato nucleo familiare, nonché ad una specifica *gens*, contraddistinguendo ed identificando in maniera univoca i singoli soggetti; e, infine, non meno importante, il culto familiare, comprensivo dei *sacra* e dei *lares* familiari. L'assenza di successibili al momento della morte del *paterfamilias* rappresentava, pertanto, un'eventualità assolutamente infausta e, nella loro prospettiva, tragica, in quanto determinato la scomparsa definitiva di un nucleo familiare, con tutta la sua storia: non soltanto sarebbe andato disperso il patrimonio, ma sarebbe definitivamente caduto nell'oblio anche il ricordo del *nomen*; inoltre, non essendovi più nessuno in grado di coltivare il culto familiare, ciò avrebbe rischiato di determinare sconvolgimenti anche a livello sacrale, compromettendo l'equilibrio religioso su cui il mondo romano – particolarmente quello arcaico, nel quale diritto e religione appaiono avvinti l'un l'altro come una sola cosa – fondava, in ultima analisi, la propria stessa sopravvivenza.

Alla luce dei rilievi appena esposti, dunque, la fortunata definizione del Volterra «si illumina d'immenso»²⁶ e, per così dire, brilla di luce propria, non abbisognando di essere in alcun modo completata o esplicitata.

Tale espressione riassume, infatti, in sé l'essenza del matrimonio romano, articolata e rappresentata in tre fondamentali elementi: anzitutto, la descrizione del matrimonio come «fatto» evidenzia che l'*origo* dell'unione è da rinvenirsi nel mondo del *factum*, dal momento che la stessa poggia su meri requisiti fattuali, la cui sussistenza e la cui estinzione prescindono dal rispetto di precise formalità o solennità. In secondo luogo, l'aggettivo «sociale» sottolinea che il senso e la funzione del matrimonio rispondono ad esigenze sociali: lo stesso, infatti, nasce – potremmo dire – in maniera quasi spontanea, come risposta ad intime necessità dell'individuo e della società in cui abita, volte in ultima analisi alla conservazione e alla continuazione della società stessa. Esigenze, dunque, rinvenibili in ogni società civilmente organizzata, ogni *societas*, che per la propria nascita e prosecuzione presuppone anzitutto che vi siano dei discendenti in grado di garantire il suo mantenimento. Infine, l'espressione «a rilevanza giuridica» descrive il tratto fondamentale dell'unione matrimoniale: la circostanza che tale unione, pur fattuale e non richiedente alcuna solennità giuridica costitutiva o estintiva, è fonte di effetti giuridici. Dal *matrimonium*, in quanto unione stabile e reciprocamente voluta, scaturiscono effetti giuridicamente rilevanti che si producono certamente e in via prioritaria fra i coniugi, ossia fra le parti che hanno scelto di unirsi nel vincolo matrimoniale, ma, nondimeno, anche per i figli e, in certa misura, per gli altri soggetti terzi ed estranei al rapporto di coppia.

Ciò premesso, occorre domandarsi se detti effetti discendessero unicamente dalle unioni qualificabili come *matrimonium iustum* o se gli stessi scaturissero, in tutto o in parte, anche da unioni che le fonti qualificano alla stregua di *matrimonia iniusta*. Tale analisi impone, anzitutto, di chiarire la distinzione fra *matrimonium iustum* e *iniustum*²⁷, nonché, ancor prima, di

²⁶ È soltanto per eccessivo scrupolo filologico che ricordiamo, assieme al lettore, che la celebre espressione è presa in prestito da uno dei più noti esponenti dell'ermetismo italiano: G. UNGARETTI, *Mattina*.

²⁷ In merito al quale, ancora una volta, imprescindibile è la voce di E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 2, Milano: Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, 1972, pp. 441-470.

comprendere in che cosa il *matrimonium*, complessivamente inteso, si differenziasse dal concubinato.

3.2. Pluralità di modelli coniugali: *matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum*, *concubinatus*.

Nonostante il matrimonio a Roma fosse «*res facti*», tuttavia il fatto che ad esso fossero ricollegati precisi ed importantissimi effetti giuridici ci consente di distinguerlo da altri rapporti di coppia, dai quali si elevava per importanza, difettando questi ultimi di determinati requisiti, che impedivano la produzione di tutti o di parte degli effetti connessi al matrimonio vero e proprio.

Quanto affermato dà per presupposto un dato, che pare emergere dalle fonti degli autori latini in modo certo e difficilmente confutabile: Roma conosceva più di una realtà coniugale. L'esempio più lampante di ciò, non a caso immancabilmente citato in qualsivoglia lavoro che affronti anche marginalmente il binomio *matrimonium iustum/matrimonium iniustum*, è il passo con cui Ulpiano, nel commentare la legislazione matrimoniale augustea, e in particolare quella – su cui a breve ci soffermeremo – in materia di adulterio, asserisce senza mezzi termini che essa riguarda «*omnia matrimonia*». L'utilizzo del termine «*matrimonium*» al plurale sgombra, dunque, il campo da ogni possibile dubbio: il matrimonio a Roma era un concetto declinato e declinabile al plurale, era termine polivalente, che, quantomeno nel suo «valore assoluto», senza ulteriori aggettivi o specificazioni, appariva idoneo ad individuare, plurime realtà sociali e familiari²⁸.

Tale apertura del diritto romano al contemporaneo riconoscimento di plurimi modelli familiari non esclude ovviamente che lo stesso assegnasse priorità a quello, fra essi, che rappresentava il modello ideale, quello per così dire perfetto e che rappresentava l'*optimum iuris*. Fermo restando, infatti,

²⁸ Fra gli studi dedicati alle diverse categorie di unioni matrimoniali conosciute e diffuse in Roma antica, si vedano, come esempi recenti: M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel Diritto Romano classico: matrimonium iustum – matrimonium iniustum*, Napoli: Jovene, 2012; R. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, in *Index*, 38 (2010), pp. 223-252.

quanto appena detto in merito alla coesistenza di più realtà coniugali, fra esse la principale e la più importante era indubbiamente rappresentata naturalmente dal *matrimonium iustum*, – ossia, come già evidenziato, un'unione monogamica stabile, finalizzata alla procreazione (*liberorum procreandorum causa*), i cui elementi costitutivi erano la convivenza e l'*affectio maritalis* – definito «*iustum*» in quanto rispettoso di tutti i requisiti imposti dal *ius civile* e dalle *leges*.

Quest'ultimo, tuttavia, pur rappresentando il modello di coniugio «per antonomasia»²⁹, non esauriva però l'intero universo delle relazioni fra coniugi e, per la verità, neppure l'intero universo dei 'matrimonii'. Quanto appena affermato vale non solo e non tanto poiché Roma, analogamente ad altre società antiche, ammetteva la prassi del concubinato, quale relazione tra uomo e donna che, come più avanti spiegheremo meglio³⁰, poteva aggiungersi a quella matrimoniale, dalla quale si distingueva per la carenza degli elementi costitutivi, già individuati in quello oggettivo rappresentato dalla convivenza stabile e in quello soggettivo costituito dall'*affectio maritalis* (o *coniugalis*); ma anche e soprattutto perché la dimensione matrimoniale appare e si configura come tutt'altro che monolitica, dal momento che al suo interno confluivano più realtà matrimoniali fra loro diversificate.

Con il termine *matrimonium*, infatti, le fonti latine non individuavano unicamente l'unione coniugale che abbiamo appena definito *iusta*, ma, al contrario, quello stesso termine era utilizzato anche per indicare unioni che, in verità, *iustae* non erano. Ciò in quanto si trattava di casi in cui l'uomo e la donna, pur essendo intenzionati a vivere in un'unione monogamica stabile finalizzata alla procreazione, erano però carenti sotto uno dei profili giuridici richiesti affinché il loro vincolo potesse definirsi *iustum*; o, parimenti, di ipotesi in cui il legame si era formato in violazione di specifiche prescrizioni legislative, che imponevano o vietavano determinate unioni, pena la loro *iniustitia*.

²⁹ M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel Diritto Romano classico: matrimonium iustum – matrimonium iniustum*, cit., p. 197.

³⁰ Cfr. *infra*, par. 5.2.

La vita di coppia a Roma, insomma, non sarebbe stata ascrivibile ad un modello unico, dai confini rigidi ed impenetrabili. Al contrario, la monolitica visione della vita coniugale, che fino a pochi anni fa ha dominato la nostra mentalità giuridica, a Roma pare frantumarsi in realtà plurime, che sembrano seguire le diverse sfaccettature che i rapporti concreti lasciavano emergere nella quotidianità delle relazioni tra individui di sesso maschile e femminile.

Quest'ultima precisazione si rivela quanto mai necessaria, tenuto conto che, quale che fosse il modello a cui ricondurre la fattispecie concreta in questione, in ogni caso si trattava sempre e comunque di un rapporto involgente individui di sesso diverso. L'ordinamento romano non ammetteva, infatti, l'unione fra persone dello stesso sesso, le quali anzi erano disapprovate e finanche represses³¹.

Abbiamo già ricordato come a Roma l'unione di coppia trovasse il proprio fondamento e la propria ragion d'essere nell'esigenza, tanto primordiale quanto insopprimibile, rappresentata dalla prosecuzione della stirpe. La necessità di garantire la continuità e la indefinita sopravvivenza della propria *familia* – e con essa di tutto ciò che la contraddistingueva, come dal punto di vista sociale il *nomen* e dal punto di vista religioso i *sacra* e i *lares* – era il motore che azionava ogni dinamica relazionale fra individui e, prima ancora, tra famiglie. Spesso infatti, come in ogni cultura antica, i matrimoni erano combinati dai rispettivi nuclei familiari di appartenenza, le cui scelte erano evidentemente il risultato di una serie di accurate considerazioni in merito alle reciproche posizioni, sia sociali che economiche.

In un simile quadro, e stante l'importanza dei valori chiamati in causa, è evidente che in capo ai destinatari ultimi di tale scelta non residuavano margini considerevoli per condizionare una simile decisione.

Immediata conseguenza di ciò era, dunque, che la dimensione affettiva e sentimentale della vita di coppia rimaneva inevitabilmente relegata sullo sfondo. Certo, ciò non significa che essi fossero assenti, quasi a volere

³¹ La questione della rilevanza o, viceversa, irrilevanza giuridica delle unioni omosessuali nel mondo romano è stata affrontata, tra gli altri, da: E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano: BUR, 2010 (8ª ed.); D. DALLA, *'Ubi Venus mutatur'. Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano: Giuffrè, 1987; nonché, di recente, da G. GULINA, *Unioni omosessuali e diritto romano*, in *Archivi di psicologia giuridica*, 5 (2016), pp. 111-127.

descrivere la società romana come una sorta di «*fabrica civium*» e la vita di coppia come un mero adempimento di un'obbligazione o, se si preferisce, un bieco e triste espletamento della prestazione coniugale. Tale distopica ricostruzione, oltre ad essere del tutto inconcepibile già sotto un profilo pratico, stante l'impossibilità che fra due persone che vivono «sotto lo stesso tetto»³² non nascano sentimenti di qualsivoglia genere, risulta peraltro contraddetta anche dalle fonti. In più di un'occasione infatti gli autori recano testimonianza di forti legami fra marito e moglie, diversamente articolati a seconda dei casi, *sub specie* di sincero affetto, reciproca stima, fedeltà e dedizione, fino a veri e propri casi di autentico coinvolgimento sentimentale, in niente inferiore all'odierno ideale di amore³³.

Nonostante la storia abbia dunque conosciuto realtà coniugali felici, che se talvolta, soprattutto per le prime fasi della storia di Roma, possono essere ascritti semplicemente ad una fortunata combinazione, altre volte ad accondiscendenza di una delle due parti (quasi sempre la moglie), successivamente, con l'evoluzione della società e il progressivo processo emancipatorio del genere femminile, testimoniano una certa attenzione o quantomeno considerazione della reciproca volontà dei coniugi. Tanto che in epoca postclassica si assisterà ad un vero e proprio intervento normativo imperiale, volto a salvaguardare i cosiddetti «*bene concordantia matrimonia*»³⁴, a conferma dunque del rilievo prestato, quantomeno a partire

³² La convivenza stabile tra uomo e donna rappresentava, infatti, per il diritto di Roma antica uno degli elementi essenziali per la sussistenza di un matrimonio valido. Per un'analisi approfondita della convivenza come elemento costitutivo del *matrimonium* romano si rinvia a P. GIUNTI, *Consors vitae: matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano: Giuffrè, 2004, in particolare parte 2, cap. 4, par. 2 (gli elementi costitutivi del matrimonio: il problema della convivenza, pp. 149 ss.), già in P. GIUNTI, *Il valore della convivenza nella struttura del matrimonio romano: rivisitazione di un'antica querelle*, in J. PARICIO (a cura di), *Seminarios complutenses de derecho romano*, 12 (2001), Madrid: Facultad de derecho – Fundacion seminario de derecho romano 'Ursicino Alvarez', pp. 133-145.

³³ A titolo esemplificativo, sarà sufficiente citare il felice matrimonio tra Catone il Giovane e Marzia, del quale si è occupata: E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: una storia romana di amore coniugale*, in *BIDR* 39 (1997), pp. 205-219 [= *Storia delle donne*, 1 (2005), pp. 115-131].

³⁴ La norma in questione è opera dell'imperatore Antonino Pio. A riguardo si suggerisce il confronto dei seguenti passi: D. 43.30.1.5 (Ulp. 71 *ad ed.*): «*Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbè patriam potestatem exerceat.*»; D. 24.1.32.19 (Ulp. 33 *ad Sab.*): «*Si socer nurui nuntium miserit, donatio erit irrita, quamvis*

da una certa epoca, alla riuscita del matrimonio anche dal punto di vista delle reciproche relazioni tra coniugi.

Ciononostante, il sentimento di coppia, anche laddove presente, era più un effetto conseguente al matrimonio, che non una premessa e un preludio allo stesso. In sostanza, esso sorgeva durante lo svolgersi della vita coniugale e non rappresentava la molla in grado di mettere in moto la scelta di addivenire alle nozze. Quest'ultima era, infatti, dettata da esigenze eminentemente pratiche, di ordine socio-economico, quali quelle sopra ricordate, tutte bene o male riconducibili alla necessità di generare figli; ma, anche in questo caso, non per soddisfare le proprie personali aspirazioni di maternità o di paternità³⁵, poiché la società romana non concepiva certo una sorta di «diritto alla genitorialità»³⁶, alla stregua di quello affermato e riconosciuto dalla quasi totalità degli ordinamenti civili contemporanei. Bensì, il matrimonio doveva assicurare una discendenza alla famiglia di appartenenza, la quale altrimenti, in assenza di prole, sarebbe stata destinata a scomparire, con pesantissime ricadute non soltanto sul piano sociale, ma anche e soprattutto in termini religiosi, determinando un'interruzione del culto familiare, condannato ad un irreversibile oblio.

Onde evitare tale pernicioso esito, è naturale allora che i Romani attribuissero un'importanza cruciale alla filiazione e, per la precisione, alla

matrimonium concordantibus viro et uxore secundum rescriptum imperatoris nostri cum patre comprobatum est: sed quod ad ipsos, inter quos donatio facta est, finitum est matrimonium.». Sul tema, cfr. anche A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI*, 66 (2000), pp. 147-164.

³⁵ E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: una storia romana di amore coniugale*, cit., p. 122: «I Romani non si sposavano per amore, nel senso moderno del termine. Il matrimonio era dettato da considerazioni pratiche, e la sua funzione principale era la procreazione, peraltro desiderata non necessariamente e non solo come soddisfazione di un desiderio individuale di paternità o di maternità.»

³⁶ L'espressione «diritto alla genitorialità» non trova esplicita menzione nella nostra Carta costituzionale, ma è tuttavia ricavabile attraverso un'interpretazione sistematica, che legga in combinato disposto l'art. 2 con gli artt. 29, 30 e 32. Esso può, dunque, considerarsi rientrante nei cosiddetti «diritti nuovi», espressione che indica quei diritti che, sebbene non previsti dalla Costituzione, devono essere tutelati e riconosciuti in quanto strettamente connessi con i diritti fondamentali, di cui rappresentano un ampliamento e un completamento. Ciò è possibile soltanto interpretando l'art. 2 come una «disposizione di apertura» (anziché come una «norma di chiusura»), che consideri l'elenco dei diritti contemplati in Costituzione un «catalogo aperto», avente un valore esemplificativo e non tassonomico e, pertanto, idoneo ad essere ampliato in presenza di nuove esigenze di tutela che assurgano al rango costituzionale.

filiazione legittima, ossia ai figli procreati e nati nell'ambito di un matrimonio rispettoso di tutti i crismi legali.

Ed ecco, dunque, che giungiamo al punto nodale del discorso che si intende affrontare. Il concetto di filiazione legittima ci riporta, infatti, a quanto detto in apertura, laddove si accennava all'esistenza a Roma di una pluralità di modelli coniugali. Occorre a questo punto meglio chiarire detto concetto, per valutare se a tale asserita pluralità di modelli corrispondesse una differenziazione di effetti. Detto altrimenti, è necessario capire se possano individuarsi plurimi regimi giuridici a seconda delle tipologie di unioni, oppure se sussista un modello unico, corrispondente al matrimonio tecnicamente inteso: il matrimonio vero, il matrimonio perfetto, i cui singoli effetti possano essere estesi, a seconda delle circostanze, a unioni che da esso si differenziano per svariati profili, ossia a matrimoni, che, volendo piegare ai nostri fini la terminologia propria delle *leges* romane, potrebbero essere definiti «*imperfecti*» o «*minus quam perfecti*».

Si tratta quindi di chiarire se il plurale «*matrimonia*» individui una pluralità soltanto dal punto di vista lessicale o altresì dal punto di vista giuridico: cioè, se da esso possa desumersi una serie differenziata di regimi ascrivibili a diverse realtà di coppia, tra di loro differenziate per specifici aspetti, a loro volta determinati da circostanze di fatto o di diritto, oppure se ad esso possa attribuirsi soltanto una molteplicità semantica, un'ampiezza di significato del termine matrimonio, di per sé idoneo ad essere utilizzato con riferimento a svariate realtà, ma senza che a ciò corrispondesse necessariamente una comunanza o una omogeneità di effetti giuridici, al contrario propri soltanto di un matrimonio «secondo diritto», di un'unione coniugale conforme al «*ius*», ossia appunto di quello che le fonti qualificano come «*matrimonium iustum*».

Occorre, dunque, valutare quale fosse il regime giuridico riservato – ammesso che ve ne fosse effettivamente uno – alle unioni diverse dal *matrimonium iustum*. A tal fine, stante quanto appena detto circa l'importanza dell'avere figli e, in particolare, dell'avere figli legittimi, è naturale che l'attenzione debba essere convogliata *in primis* verso l'analisi di tale aspetto, individuando e chiarendo quali fossero i requisiti richiesti dall'ordinamento giuridico romano per l'attribuzione al nuovo nato dello *status* di *filius*

legitimus. E, dal momento che una simile condizione era propria unicamente dei figli nati da un *matrimonium iustum*, è necessario ripercorrere, pur brevemente, quali fossero i requisiti richiesti dal diritto romano per attribuire all'unione coniugale una simile qualifica, per comprendere quale fosse, sotto questo profilo, lo spartiacque che separava i *matrimonii iusti* dalle unioni, pur matrimoniali, ma *iniustae*.

4. *Matrimonium iustum* e *matrimonium iniustum*.

4.1. Il *matrimonium iniustum* per carenza dei presupposti giuridici: i requisiti Ulpiani.

A tale riguardo, preme anzitutto rilevare come la distinzione fra *matrimonium iustum* e *iniustum* non sia opera della dottrina moderna: al contrario, tali espressioni si rinvencono frequentemente nelle fonti romanistiche, a dimostrazione che detta dicotomia era ben nota ai giuristi latini.

Ciò ci conferma l'importanza di approfondirne il contenuto e la portata, in quanto la relativa distinzione, lungi da risolversi in una mera questione terminologica, riveste piuttosto un rilievo tutt'altro che marginale, in quanto da essa discendono conseguenze giuridiche non di secondo momento.

L'aggettivo «*iustum/iniustum*» che funge da spartiacque tra le due diverse tipologie di unioni rinvia, infatti, alla conformità o, viceversa, difformità rispetto al parametro giuridico, ossia, per dirlo con la pregnante sinteticità propria della lingua latina, al suo essere «*secundum*» o «*contra ius*».

Proprio in relazione a tale ultimo aspetto, occorre ricordare che a Roma il matrimonio per esser considerato «*iustum*» e, dunque, in base a quanto abbiamo appena detto, conforme al *ius* e ai caratteri richiesti dal diritto, esigeva la contemporanea presenza di una serie di requisiti. Si tratta, si badi bene, di aspetti diversi dalla convivenza e dall' *affectio maritalis*, che, come anticipato, erano i due elementi costitutivi. In assenza di questi non si poteva proprio parlare di matrimonio, ma al più poteva configurarsi una diversa forma di

rapporto, ad esempio un concubinato³⁷. Al contrario, in presenza di tali due requisiti, sussisteva *matrimonium*. Non era però detto che tale *matrimonium* fosse necessariamente *iustum*. Il diritto romano, infatti, per considerare il matrimonio *iustum*, cioè conforme al *ius*, imponeva anzitutto il rispetto di una serie di condizioni, che sono puntualmente riportate da Ulpiano nel seguente famoso brano.

Tit. ex corp. Ulp. 5.2

*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt
conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit,
et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes
eorum, si in potestate sunt.*

Il passo di Ulpiano si presenta lineare ed estremamente chiaro: attraverso l'incipit «*iustum matrimonium est*» ci lascia immediatamente intendere che con le parole che seguiranno egli intende individuare gli elementi la cui presenza è richiesta per connotare un'unione matrimoniale come *iusta*. Infatti, le parole iniziali sono seguite da un lungo periodo ipotetico, articolato in tre parti, scandite dall'utilizzo ripetuto della congiuntiva «*et*», attraverso il quale Ulpiano introduce l'elenco dei requisiti in virtù dei quali il *matrimonium* «*iustum est*», consentendoci, al contempo, di dedurre *a contrario* che, in assenza di quegli stessi requisiti, il *matrimonium* «*iustum non est*», dovendosi dunque necessariamente qualificare come «*iniustum*».

In vista dell'obiettivo propostoci, ossia delineare il confine tra unioni *iustae* e *iniustae*, proviamo dunque a ripercorrere brevemente i requisiti ulpiane, avvisando fin d'ora che gli stessi non esauriscono però i profili di

³⁷ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., in particolare, cap. 1, pp. 3-62: «Il consenso dei coniugi, che le fonti, sotto questo aspetto, qualificano di solito come *affectio maritalis*, ha per contenuto e finalità la costituzione di un rapporto di vita comune, atto alla procreazione e alla educazione di figli legittimi. I figli sono tali, *iusti*, se comuni e nati da un *matrimonium iustum secundum ius civile*, cioè avente tutti gli altri requisiti richiesti da Ep. Ulp. 5.2. L'*affectio maritalis* è quindi l'intenzione di porre in essere e vivere un *matrimonium iustum*, perché capace di rendere *iusti* i figli che ne nascono. Questa definizione di *affectio maritalis* è valida e rimane la stessa sia che in concreto vengano poi ad aggiungersi oppure non anche gli altri requisiti richiesti dall'*Epitome Ulpiani* e quindi il *matrimonium* risulti essere *iustum* oppure no. L'*affectio maritalis* è presente tanto nel *matrimonium iustum* che in quello *iniustum*. La diversità sta nella sua realizzazione. Avviene nel *matrimonium iustum*, manca in quello *iniustum*. Nel primo i figli sono legittimi, non lo sono nel secondo. La presenza dell'*affectio maritalis* anche nel *matrimonium iniustum* lo distingue dal concubinato, nel quale manca. I concubini non intendono infatti avere figli *iusti*.»

discrimen, i quali dovranno essere integrati anche sulla base delle indicazioni e dei divieti introdotti ed imposti sulla base di specifiche *leges*.

4.1.1. Il *conubium*.

Il primo requisito citato da Ulpiano fra quelli necessari perché il *matrimonium* fosse considerato *iustum* è il *conubium*: «*Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit [...]*» (*Tit. ex corp. Ulp. 5.2*)³⁸.

A differenza degli altri requisiti, quali la pubertà e il consenso, il termine *conubium* non evoca al giurista moderno alcun istituto noto: si tratta, infatti, di un requisito del tutto estraneo alla nostra tradizione giuridica e la ragione di ciò è stata rinvenuta da parte della dottrina in uno dei valori fondativi del nostro ordinamento giuridico, quale il principio di uguaglianza. Il *conubium* in effetti mal si concilia con tale valore, dal momento che in base alla presenza o all'assenza di esso il matrimonio sarebbe risultato *iustum* o *iniustum*.

Volendo provare a definire tale istituto, possiamo appellarci alle definizioni offerteci dagli stessi giuristi romani e, in particolare, a quella attribuita ad Ulpiano, secondo cui «*Conubium est uxoris ducendis facultas*» (*Tit. ex corp. Ulp. 5.3*), nonché a quella di Servio, per cui «*conubium est ius legitimi matrimoni*» (*Serv., Aen., 1.73*). In realtà da tali definizioni ricaviamo pochi elementi qualificanti la nozione di *conubium*, dal momento che entrambi gli autori si limitano a riferirci, quasi tautologicamente, che il *conubium* è la facoltà o il diritto di contrarre un legittimo matrimonio.

Ulteriori indizi a riguardo ci sono, però, forniti dai passi dei *Tituli* ulpianeî immediatamente successivi a quello citato, nei quali viene meglio precisata la nozione di *conubium* attraverso la delimitazione dei suoi confini. Ciò, in particolare, in due diverse direzioni: da un lato, attraverso il riferimento allo *status libertatis*, dal momento che il *conubium* non sussiste nei confronti degli schiavi: «*Cum servis nullum est conubium*» (*Tit. ex corp. Ulp. 5.5*). L'unione pur stabile e permanente fra schiavi, o anche tra una persona libera e

³⁸ In verità del *conubium* trattano, pur a fini diversi, anche i successivi passi del *Titulo 5* (cfr. *Tit. ex corp. Ulp. 5.2-5.9*).

una *serva*, non era infatti qualificabile come *matrimonium*, ma piuttosto come *contubernium*³⁹, un termine che trae origine dal linguaggio militare e rimanda alla prassi di condivisione della tenda nell'accampamento da parte dei soldati. Ciò emerge chiaramente dalla previsione contenuta in una costituzione dell'imperatore Costantino del 319 d.C., riportata nel *Codex giustiniano*, secondo la quale: «*Cum ancillis non potest esse conubium: nam ex huiusmodi contubernio servi nascuntur*»⁴⁰.

Dall'altro lato, poi, la nozione di *conubium* viene spiegata attraverso il riferimento alla cittadinanza romana, dal momento che il *conubium* sussisteva soltanto fra cittadini romani, mentre rispetto a latini e peregrini era necessaria una specifica concessione.

Tit. ex corp. Ulp. 5.4

Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit.

Il *conubium* dunque era strettamente connesso alla cittadinanza e anzi da essa dipendente, pur tuttavia non risolvendosi con essa⁴¹. Infatti, se tutti i cittadini avevano astrattamente il *conubium*, potevano però non possederlo concretamente gli uni rispetto agli altri in virtù della loro posizione reciproca. La sussistenza del *conubium* non poteva dunque essere valutata singolarmente, ma piuttosto reciprocamente, tenuto conto dello *status* dei soggetti interessati.

³⁹ Per la nozione di «*contubernium*» si vedano B. BRUGI, s.v. *Contubernium*, in *N. Dig. It.*, 14, Torino: UTET, 1938, pp. 178-182 [già B. BRUGI, s.v. *Contubernium*, in *Dig. It.*, 8/1, Torino: UTET, 1898-1900, pp. 552-556]; G. FOTI, s.v. *Contubernium*, in *Noviss. Dig. It.*, 4, Torino: UTET, 1968, p. 769-770). Si confronti, inoltre, il recente contributo in tema di «contubernio servile» di F. TAMBURI, *Intorno a una scelta terminologica impropria in tema di contubernio servile*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2010, pp. 395-418. Per la trattazione manualistica del *contubernium*, si vedano poi: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 463; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 36; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 233; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., p. 156; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 674 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 199; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 459; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 432; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 242; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 81; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 54, 58.

⁴⁰ Cod. Just. 5.5.3.pr.: Imperator Constantinus.

⁴¹ Non tutti però sono di questo avviso. Per un'opinione contraria si veda in particolare S. PEROZZI, *Istituzioni*, 1: *Introduzione, diritto delle persone, le cose e i diritti sulle cose, il possesso*, Roma: Athenaeum, 1928, (2ª ed.), p. 339, secondo cui il *conubium* si confonderebbe con la cittadinanza, risultando difficile distinguerli nella loro identità.

Emblematico a riguardo è il caso relativo agli ordini sociali, patrizi e plebei, fra i quali il matrimonio non è sempre stato libero, seguendo vicende alterne nel corso della storia ed originando peraltro imponenti scontri sociali⁴².

Un ulteriore elemento, poi, rilevante ai fini della definizione del concetto di *conubium* ci è fornito da Gaio, il quale esclude che possano contrarsi valide nozze tra persone che siano fra loro reciprocamente ascendenti e discendenti («*inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt*»), come i genitori rispetto ai propri figli o i nonni relativamente ai nipoti («*velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem*») dal momento che fra le stesse non sussiste il *conubium* («*nec inter eas conubium est*»). Con l'ulteriore fondamentale precisazione che un'eventuale unione tra tali soggetti sarebbe illegittima, in quanto incestuosa («*et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur*»)⁴³.

Alla luce di quanto appena osservato, la definizione data dai giuristi, che ad una prima lettura ci era apparsa tautologica, assume una nuova luce e meglio consente di comprendere il significato di *conubium*. Pertanto, a valle degli elementi emersi dalle fonti, il *conubium* può adesso essere più correttamente definito come la reciproca attitudine a vivere in un'unione monogamica stabile preordinata alla procreazione⁴⁴, o, volendo citare il famoso

⁴² Il divieto di *conubium* tra patrizi e plebei fu, infatti, introdotto dalle *Dodici Tavole*, ma successivamente abrogato nel 445 a.C. ad opera della *lex Canuleia de conubium patrum et plebis*.

⁴³ Gai 1.59: «*Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae seu neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim.*» Sull'*incestum* si vedano: U. BRASIELLO, s.v. *Incesto. Diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, 8 (1962), pp. 499-500; A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, in *ZRG*, 63 (1943), pp. 175-267; S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano: Giuffrè, 2001.

⁴⁴ Sulla nozione di *conubium* (o *connubium*) si vedano, in particolare, la voce di E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 2, Milano: Giuffrè, 1950, pp. 347-384 (= *Scritti giuridici*, 2: *Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 283-320); nonché, dello stesso autore, E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 2, Milano: Giuffrè, 1950, pp. 349 ss. Sempre sul *conubium*, si vedano inoltre S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972, in particolare il primo paragrafo (*Il «conubium»*) del capitolo III (*Requisiti del matrimonio*), pp. 35-44. Come di consueto, si segnalano anche i riferimenti utili per confrontare la trattazione manualistica dell'elemento del *conubium*: V. ARANGIO-

studio di Edoardo Volterra, «la capacità di formare con una data persona di sesso diverso un'unione coniugale avente valore giuridico»⁴⁵.

Il requisito del *conubium* e le questioni relative alla sua presenza perdono rilievo in larga misura⁴⁶ dopo l'editto di Antonino Caracalla (*Constitutio Antoniniana*) del 212 d.C., il quale estende la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero romano. Una indiretta conferma di ciò è offerta, peraltro, da Ulpiano, il quale nei suoi libri di commento alla *lex Iulia de adulteriis* – scritti dopo la morte dell'imperatore Antonino Caracalla –⁴⁷ non cita la peregrina tra le *uxores iniustae* contro le quali è possibile esperire l'*accusatio adulterii*⁴⁸.

Infine, il suggello definitivo circa l'irrelevanza del *conubium* nel diritto di età postclassica ci proviene dall'imperatore Giustiniano, il quale nelle *Istituzioni*, laddove elenca i requisiti delle *iustae nuptiae*, non menziona il

RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 439 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 33, 36, 151; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 137; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., pp. 155 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., p. 562; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 224 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit.; pp. 456 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 432; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 242; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., pp. 89, 96; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 104, 138, 154; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 650 ss.

⁴⁵ E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit.: Volterra considerava il *conubium* uno dei requisiti per la costituzione di un *matrimonium iustum*, assieme agli altri (pubertà e consenso). Questa impostazione non risulta però unanimemente condivisa, come dimostrano le diverse visioni di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I: Diritto di famiglia* (rist. 1925), Milano: Giuffrè, 1963, p. 195, per cui il *conubium* si realizzerebbe nel caso di esistenza di tutte le condizioni per la validità del matrimonio. Da altri, poi, il *conubium* è posto in relazione alla violazione della *lex Iulia de maritandis ordinibus*: cfr. R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, 105 (2011), pp. 197-233 (cfr. in particolare pp. 217 ss.).

⁴⁶ Abbiamo detto che il problema perde rilievo «in larga misura» e non «del tutto», in ragione del fatto che, com'è noto, alcune categorie di soggetti furono esclusi dalla concessione del beneficio della cittadinanza. Il possesso o meno dello *ius civitatis* peraltro, oltre ad incidere sulla *iustitia* del *matrimonium*, aveva ricadute rilevanti – come vedremo – anche in ordine allo *status* giuridico della filiazione. Sul tema e, in particolare, sull'attribuzione della cittadinanza ai figli dei peregrini, si veda lo studio di E. VOLTERRA, *Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa a cittadinanza romana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano: Giuffrè, 1951, 2, pp. 645-672.

⁴⁷ D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*): «Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud homericum adfert: nec enim soli, inquit, atridae uxores suas amant. Οὐ μόνον φιλέουσ' ἄλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι.»

⁴⁸ Sulla configurabilità del reato di adulterio in capo alla *uxor iniusta* e sulla possibilità di esperire la relativa accusa nei suoi confronti ci soffermeremo *infra*: par. 6.3.

conubium, limitandosi ad affermare che «*Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt*»⁴⁹.

4.1.2. Il consenso.

Ai fini dell'instaurazione di un valido matrimonio è, inoltre, richiesto il consenso⁵⁰ degli sposi⁵¹, validamente prestato dagli stessi o dai rispettivi *patres familias*, a seconda del loro *status* giuridico. Il *discrimen* naturalmente è individuato dalla condizione di soggetto *sui iuris* o *alieni iuris* del nubendo, come attestano chiaramente le parole del già citato passo di Ulpiano «[...] *et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*»⁵². Soltanto nel primo caso, infatti, gli sposi avrebbero potuto scegliere liberamente di unirsi in matrimonio, perché solo in quest'ipotesi gli stessi erano per l'ordinamento soggetti di diritto, giuridicamente capaci e dunque in grado di esprimere una volontà valida e in grado di produrre effetti giuridici. In caso contrario, tale prerogativa sarebbe spettata ai *patres*, unici soggetti provvisti di capacità giuridica e dunque i soli legittimati ad esprimere un consenso all'unione, così come all'instaurazione di qualsivoglia altro valido negozio. Con l'immediata evidente conseguenza che, nell'ipotesi in cui i *patres*

⁴⁹ Inst. Iust. 1.10.1: «*Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patresfamilias sint sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum ut iussum parentis praecedere debeat. Unde quaesitum est, an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum.*»

⁵⁰ D. 35.1.15 (Ulp. 35 *ad Sab.*): «*Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*»

⁵¹ Sul consenso si veda E. VOLTERRA, *Consensus facit nuptias. La definizione essenziale giuridica del matrimonio: atti del Colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979*, Roma: Libreria editrice della Pontificia università lateranense, 1980, pp. 44-56; P. RASI, *Consensus facit nuptias*, Milano: Giuffrè, 1946. Sempre sul principio del *consensus facit nuptias*, si veda anche P. FORLINI, *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio romano*. Città del Vaticano: Lateran University Press, 2008, in particolare il par. 3.2.3 (Il principio "*consensus facit nuptias*", pp. 127 ss.), dove l'autrice cerca di mettere in evidenza l'importanza che, negli scritti dei Padri della Chiesa greca e latina, fu attribuita all'elemento del *consensus* degli sposi, considerato come vera e propria causa del matrimonio, rilevando come nella dottrina patristica è proprio la volontà manifestata dai coniugi e, più precisamente, il loro reciproco consenso iniziale a creare il matrimonio («*facit coniugium*»).

⁵² *Tit. ex corp. Ulp. 5.2*

avessero opinato, più o meno motivatamente⁵³, che «il matrimonio non s'aveva da fare», i *filii* non avrebbero potuto coltivare il loro sentimento, suggellandolo con *iustae nuptiae*⁵⁴.

Evidentemente la necessità del consenso paterno non era ispirata a logiche protettive dei figli, i quali, in ragione della propria immaturità avrebbero potuto desiderare unioni sconsiderate. Piuttosto era dettata nell'interesse degli stessi *patres*, per scongiurare il rischio dell'incontrollato ingresso in famiglia di membri indesiderati⁵⁵. Da quest'ultima considerazione è agevole dunque ricavare una profonda differenza nella sostanza che connota il *consensus* dei *filii*, da quello dei *patres*: se visto dal lato dei nubendi equivale alla volontà di prendersi come marito e moglie, e dunque corrisponde all'elemento soggettivo dell'*affectio maritalis*, dal diverso punto di vista dei *patres* esso corrisponde più esattamente alla prestazione dell'*auctoritas* da parte dell'unico ed esclusivo titolare della *potestas*, che lo rende il vero

⁵³ In verità, all'introduzione, già con Augusto, e in particolare con la sua *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.), di un rimedio contro il rifiuto arbitrario del *paterfamilias* di prestare il proprio consenso alle nozze della figlia, pare fare riferimento il frammento D. 23.2.19 (Marcian. 16 *instit.*): «*Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*», dal quale ricaviamo che una costituzione degli imperatori Settimio Severo e Caracalla concedeva, in tal caso, alla figlia la facoltà di ricorrere al magistrato. Per un approfondimento del passo citato si veda l'esegesi effettuata da S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., pp. 48 ss.

⁵⁴ Questo almeno è quanto pare doversi concludere da ciò che ci riferisce Celso, il quale considera valido il matrimonio contratto dal *filius* a ciò costretto dal proprio *pater*. Cfr.: D. 23.2.22 (Cels. 15 *dig.*): «*Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur.*» Sulle diverse ricostruzioni offerte dalla dottrina di questo passo, sospettato di interpolazione, e sul contrasto rispetto al contenuto di un altro frammento riportato del Digesto, attribuito al giurista Terenzio Clemente [D. 23.2.21 (Clemen. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*): «*Non cogitur filius familias uxorem ducere.*»] si rinvia a C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, pp. 461 ss.

⁵⁵ C. LONGO, *Diritto di famiglia*, Milano: Giuffrè, 1934, p. 163, il quale sottolinea la differenza dell'impostazione romana rispetto a quella oggi adottata dal nostro codice, dove il consenso degli ascendenti rispetto al matrimonio dei figli minori è sancito nell'esclusivo interesse di questi ultimi. Senza ambizione né possibilità di approfondire il discorso dal punto di vista civilistico, ci limitiamo a segnalare che il consenso genitoriale oggi è in verità divenuto un parere, dal momento che i genitori, che nel codice del 1942 erano effettivamente chiamati a prestare il proprio consenso al matrimonio dei figli infrasedicenni, a seguito della riforma del 1975 sono più semplicemente interpellati dallo stesso Tribunale, il quale, ai fini del rilascio del decreto che autorizza il matrimonio, deve obbligatoriamente sentire «il pubblico ministero, i genitori o il tutore» (art. 84 c.c.).

«auctor» del matrimonio⁵⁶, nel senso che in presenza di un suo veto o in generale senza il suo *placet* il matrimonio non può dirsi validamente costituito⁵⁷.

D. 23.2.2 (Paul. 35 *ad ed.*)

Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.

D. 23.1.11 (Iul. 16 *dig.*)

Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet.

Occorre infine rilevare che, in verità, il consenso esplicito del padre, sia al matrimonio sia ancor prima al fidanzamento (*sponsalia*)⁵⁸, è richiesto soltanto nell'ipotesi in cui ad essere *alieni iuris* sia il figlio maschio (*filiusfamilias*)⁵⁹, laddove per la *filiafamilias* è sufficiente che il genitore non

⁵⁶ D. 23.2.3 (Paul. 1 *ad Sab.*): «*Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse Pomponius scribit et verum est.*»; D. 23.2.16.1 (Paul. 35 *ad ed.*): «*Nepote uxorem ducente et filius consentire debet: neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet.*»; D. 23.2.9.pr. (Ulp. 26 *ad Sab.*): «*Si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas.*»

⁵⁷ Sulla diversa portata del *consensus* dei nubendi e dei loro *patres*, si vedano le osservazioni di C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, pp. 455 ss., la quale a sua volta opportunamente rinvia agli ampi studi di E. VOLTERRA, *Quelques observations sur le mariage des filiifamilias*, in *RIDA*, 1 (1948), pp. 213-242 (cfr. in particolare pp. 215 ss.); ID., *Lezioni*, p. 189; ID., s.v. *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 25, Milano: Giuffrè, 1975, pp. 726-807 (= *Scritti giuridici*, 3: *Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 223-304), cfr. in particolare pp. 745 ss. (= *Scritti giuridici*, pp. 242 ss.); nonché a quelli di J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, in *RIDA* 2 (1949) (*Mélanges Fernand De Visscher*, 1), pp. 309-366 (= *Études de droit romain*, 3: *Vie familiale et vie sociale*, Napoli: Jovene, 1979, pp. 105-162 = con il titolo *Le mariage en droit romain. Justum matrimonium*, in *Sociétés et mariage*, Strasbourg: Cerdic, 1980, pp. 46-103), in particolare p. 320 (= *Études*, p. 116); O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma: Libreria Editrice Università Gregoriana, 1970, p. 107.

⁵⁸ Fra gli innumerevoli studi in materia di *sponsalia*, in questa sede ci limitiamo a richiamare la voce di E. VOLTERRA, s.v. *Sponsali*, in *Noviss. Dig. It.*, 6, Torino: UTET, 1970, pp. 3-14, che segue il precedente studio: ID., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani, Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, 4: *Filosofia del diritto, storia del diritto italiano, altre scienze giuridiche e storiche*, Milano: Giuffrè, 1963, pp. 639-658. Per una nutrita bibliografia sul tema, rinviando ancora una volta a C. FAYER, *La familia romana* cit., in particolare il secondo volume, in cui l'autrice, oltre ad approfondire la struttura del *matrimonium* e l'istituto della dote, dedica un'approfondita analisi anche al tema del fidanzamento e alla disciplina giuridica degli *sponsalia*.

⁵⁹ Se questo è indubbiamente vero in linea generale, è tuttavia possibile individuare un caso in cui il diritto classico riconosce al *filiusfamilias* la possibilità di unirsi in matrimonio pur senza

dissenta apertamente. Il principio che sancisce una diversa entità del consenso richiesto e l'assimilazione, sotto tale profilo, del fidanzamento (*sponsalia*) al matrimonio vero e proprio (*nuptiae*) emerge chiaramente dalle parole di Paolo.

D. 23.1.7 (Paul. 35 *ad ed.*)⁶⁰

In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.

4.1.3. Pubertà ed età dei nubendi.

Conubium e consenso non esaurivano tuttavia la gamma dei requisiti necessari per l'instaurazione di un *matrimonium iustum*, essendo altresì richiesta un'età minima dei soggetti coinvolti, i quali dovevano avere raggiunto la soglia della pubertà. Quest'ultimo profilo desta forse meno stupore rispetto ai precedenti, dal momento che costituisce un aspetto che non segna una distanza troppo radicale dal nostro diritto moderno, il quale pure individua una soglia minima di età – com'è noto pari ai diciotto anni, salva l'ipotesi del minore emancipato, eccezionalmente autorizzato a sposarsi al compimento dei

il consenso del proprio *paterfamilias*, ed è il caso in cui quest'ultimo sia caduto in *captivitas*. Trifonino, infatti, ci riferisce che colui che è sotto la *potestas* di un *captivus* (*filius quem habuit in potestate captivus*) potrà contrarre matrimonio, dal momento che il *pater*, fintanto che si trova nella condizione di prigioniero di guerra, non potrà né consentire né dissentire alle nozze. Questo il tenore di D. 49.15.12.3 (Tryph. 4 *disput.*): «*Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset: nam utique nec dissentire. Susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit. Non mirum, quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat.*» La libertà che Trifonino riconosce al *filius* del *captivus* viene però in parte ridimensionata dalle parole di Ulpiano, il quale individua un lasso minimo di tempo, pari a tre anni, che avrebbe dovuto necessariamente intercorrere prima che il *filius* potesse sposarsi, prescindendo dal consenso del *pater*. Si veda, infatti, D. 3.2.9.1 (Ulp. 26 *ad Sab.*): «*Is cuius pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest.*» Sulla apparente contraddizione tra i due passi presi in esame e sulla non genuinità dell'inciso che introduce tale termine triennale, tuttavia, si veda quanto osservato da S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., pp. 51 ss., il quale ritiene che il passo ulpiano sia stato oggetto di interpolazione da parte dei compilatori, che avrebbero aggiunto nel testo classico le parole «*si non intra triennium revertatur*», delle quali l'autore suggerisce di non tener conto, dal momento che, sopprimendole, «la coincidenza dell'insegnamento di Ulpiano con quello di Trifonino diventa perfetta».

⁶⁰ Sul principio citato, si vedano le osservazioni di S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 48.

sedici anni⁶¹ – al di sotto della quale non è possibile contrarre matrimonio; e appare del tutto coerente con la funzione dell'istituto matrimoniale stesso, ossia la procreazione. Se il matrimonio è, come abbiamo detto, preordinato alla procreazione (*liberorum procreandorum o quaerendorum causa*) non avrebbe senso parlare di *matrimonium* rispetto a soggetti che, in virtù della propria immaturità fisica, non possiedono ancora una simile attitudine procreativa. È del tutto naturale che, allora, di matrimonio si possa parlare soltanto in presenza di un'unione in grado di assolvere al compito per la quale è concepita. E tale può essere soltanto quella che vede protagonisti due soggetti puberi, che hanno raggiunto un grado di maturità sessuale tale da consentire la riproduzione biologica⁶². Un'unione instaurata prima di tale momento, al contrario, sarebbe evidentemente priva di quell'utilità pratica che l'ordinamento riconosce come fondamentale per la creazione di un nucleo familiare e, su un livello più alto, per la sopravvivenza della stessa *civitas* (*quasi seminarium rei publicae*)⁶³.

Da notare, dunque, che, pur costituendo la previsione di un limite minimo di età un aspetto che accomuna diritto antico e moderno, profondamente diversa è la ragione che lo giustifica. Infatti, per il mondo antico, la fissazione della soglia di età non è funzionale alla salvaguardia e alla tutela psico-fisica dei minori interessati, come per noi, ma è piuttosto legato ad un'esigenza eminentemente pratica, quale quella di evitare che siano stipulati matrimoni che si rivelerebbero sostanzialmente inutili, in quanto inidonei a

⁶¹ Il nostro codice civile, all'art. 84 c.c., rubricato «Età» (contenuto nella prima sezione del terzo capo del titolo del primo libro del codice, nella quale sono elencate le condizioni per contrarre matrimonio valido per il diritto civile) stabilisce che: «I minori di età non possono contrarre matrimonio» (comma 1); subito dopo però, al successivo comma 2, lo stesso articolo contempla un'eccezione, relativa al cosiddetto «minore emancipato», ammettendo che: «Il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni.».

⁶² Sull'argomento si rinvia a M. PENTA, *L'incapacità sessuale in diritto romano* (Rec. D. Dalla), in *Labeo*, 27 (1981), pp. 388-406.

⁶³ Cic., *De off.*, 1.17.54: «*Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*» (cfr. *supra* cap. 5, par. 1).

realizzare il fine ultimo che connota l'istituto matrimoniale: la procreazione⁶⁴. Il *matrimonium* contratto da persone impuberi è *iniustum*, dunque, non perché violi l'integrità e l'autodeterminazione dei soggetti coinvolti, ma piuttosto perché non è in grado di assolvere alla funzione cui è naturalmente e socialmente preordinato, in quanto inidoneo a generare figli e, di riflesso, a donare alla *civitas* nuovi *cives*.

Posto, dunque, che il raggiungimento della pubertà ha sempre rappresentato un presupposto imprescindibile, per le ragioni appena esposte, per la valida insaturazione di un'unione matrimoniale, questioni sono sorte invece in ordine al momento in cui il soggetto dovesse considerarsi pubere. A riguardo, nota è la disputa sorta tra le due celebri scuole dei Sabiniani e dei Proculiani, per le quali la questione avrebbe dovuto essere risolta in maniera diversa⁶⁵. In particolare, i sostenitori della prima consideravano l'accertamento della pubertà una *quaestio facti*, da appurarsi mediante l'*inspectio corporis*, ossia un esame compiuto caso per caso sui singoli soggetti per valutare se gli stessi avessero raggiunto o meno il livello di maturità fisica richiesto. I sostenitori della seconda, al contrario, ritenevano piuttosto opportuno che il raggiungimento della pubertà dovesse fondarsi, anziché su un esame empirico, su un meccanismo di presunzione – simile a quello operante nel nostro ordinamento per il conseguimento della capacità di agire con la maggiore età, compiuti i diciotto anni⁶⁶ – al raggiungimento di una certa età, *ex ante*

⁶⁴ Ciò sarebbe confermato anche dal fatto che non possono contrarre *matrimonium iustum* quei soggetti che non sono in grado di procreare, sebbene dal seguente passo di Ulpiano sembrerebbe emergere una differenza tra gli eunuchi (*spadones*) e i *castrati*: D. 23.3.39.1 (Ulp. 33 *ad ed.*): «*Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est.*»

⁶⁵ Accanto a queste due principali teorie, C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, p. 427 ne individua una terza – attribuibile forse a Nerazio Prisco – più rigorosa delle altre due, «che riconosceva essere pubere solo colui che avesse compiuto i 14 anni e presentasse le modifiche morfologiche apportate dalla pubertà». Tale tesi è riportata dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, che la attribuiscono ad un certo Priscus, senza che sia possibile stabilire «se si tratti di Nerazio Prisco o di Giavoleno Prisco, l'uno proculiano, l'altro sabiniano, vissuti nel I-II sec. d.C.» (*Ibid.*, p. 427 nt. 316): cfr. *Tit. ex corp. Ulp.* 11.28: «*Liberantur tutela masculi quidem pubertate: puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat, et habitus corporis, et numerus annorum.*»

⁶⁶ Il raggiungimento della maggiore età ed il conseguente acquisto della capacità di agire è disciplinato dal nostro codice civile all'art. 2 (*Maggiore età. Capacità di agire*): «La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa.»

individuata e fissata dalla legge. Detta diatriba risulta chiaramente dal seguente passo delle *Istituzioni* di Gaio, dal quale emerge anche il contesto nella quale essa trovò origine, ossia l'individuazione del momento rilevante ai fini della liberazione dalla *tutela impuberum*.

Gai. 1.196

Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur: Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui XIII annos explevit.

La soglia di età presa come riferimento era, peraltro, diversa per i soggetti di sesso maschile e femminile, ritenendosi necessario il compimento dei quattordici anni per i maschi e dei dodici anni per le femmine⁶⁷. Anzi, per la verità la questione riguardò più che altro i soggetti di sesso maschile, dal momento che per le femmine pare che la soglia dei dodici anni fosse già condivisa dai giuristi antichi, come attesterebbe il seguente passo di Pomponio⁶⁸.

⁶⁷ Per quanto concerne invece le ulteriori sottoarticolazioni relative alle diverse fasi della impubertà, queste sono ben esplicate da Francesca Lamberti nel suo studio «*Su alcune distinzioni riguardo all'età impubere nelle fonti giuridiche romane*», contenuto in F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino: Giappichelli, 2014, pp. 51-89.

⁶⁸ Proprio commentando il citato passo di Pomponio, S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 45 afferma che «l'età di 12 anni per la femina risulta invece ammessa concordemente *ab antico*». Per quanto concerne la soglia dei 12 anni di età in rapporto agli sponsalia, si veda, inoltre, quanto lo stesso autore osserva in merito ai seguenti brani: D. 23.1.9 (Ulp. 35 ad ed.): «*Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptiae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. Quam sententiam Papinianus quoque probat.*»; D. 24.1.32.27 (Ulp. 33 ad Sab.): «*Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. Et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod*

D. 23.2.4 (Pomp. 3 *ad Sab.*)

Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.

La ragione di ciò probabilmente risiede nella volontà – che trova voce attraverso le parole di Giustiniano – di evitare alle donne una pratica quale quella della *inspectio corporis*, che doveva apparire già agli antichi impudica e poco dignitosa («*quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est*»⁶⁹), in quanto si traduceva in una «*indecora observatio*» e «*inhonesta indagatio*»⁷⁰.

Quanto agli uomini, invece, fra le due opposte teorie citate prevalse infine quella dei Proculiani, poi definitivamente accolta e suggellata dal diritto giustiniano⁷¹.

4.2. Il *matrimonium iniustum* per violazione dei divieti legislativi.

Finora abbiamo preso in considerazioni i casi in cui il *matrimonium* era considerato *iniustum* per carenza di uno dei requisiti richiesti dal *ius civile*. Come accennato, però, l'*iniustitia* del *matrimonium* poteva conseguire anche a ragioni diverse, rinvenenti la loro fonte non nel *ius*, bensì nella *lex*. Nel corso del principato e di tutta l'età imperiale infatti numerosi furono i provvedimenti normativi che introdussero divieti specifici rivolti a determinate categorie di

nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit.». Sul tema dell'età necessaria per il fidanzamento si veda anche il recente saggio di Francesca Lamberti, «L'età per fidanzarsi nei libri differentiarum di Modestino», contenuto in F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti*: cit., pp. 91-102.

⁶⁹ Inst. Iust. 1.22.pr.: «*Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculis extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur. [...]*»

⁷⁰ Cod. Just. 5.60.3: Imperator Justinianus: «*Indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecantes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur, indignatione corporis inhonesta cessante.*» * iust. a. menae pp. * <a 529 d. viii id. april. constantinopoli decio vc. cons.>

⁷¹ Inst. Iust. 1.22.pr.; Cod. Just. 5.60.3. Cfr. le due note precedenti.

soggetti, che, in virtù del proprio *status*, della propria professione o del proprio contengo, si videro ridotta o preclusa la possibilità di contrarre matrimonio. Tali impedimenti per lo più erano ispirati a «ragioni di convenienza e di decoro sociale», e dunque a «ragioni di opportunità pratica dettate da esigenze di ceto o dalla carica ricoperta»⁷².

Il primo grande contributo in questa direzione provenne dalla legislazione familiare augustea⁷³, che rappresentò un importante strumento politico e sociale attraverso il quale l'imperatore intendeva restaurare l'integrità dei costumi: i *mores*, infatti, soprattutto negli ultimi della repubblica, avevano subito una forte decadenza, come dimostrano le numerose voci, prima fra tutte quella catoniana⁷⁴, che da più parti denunciano la crescente immoralità dilagante nella *res publica*.

Attraverso la propria legislazione il *princeps* intendeva, dunque, porre un freno a tali fenomeni e preservare l'integrità dell'istituto matrimoniale, ribadendo la sua fondamentale importanza con riferimento soprattutto alla finalità procreativa.

⁷² Così motivano A. LOVATO – S. PULIATTI – L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano* cit., p. 202.

⁷³ Specificamente dedicato ai divieti matrimoniali sanciti dalla normativa augustea è: E. NARDI, *Sui divieti matrimoniali delle leggi Augustee*, in *SDHI*, 7/1 (1941), pp. 112-146. Sulla legislazione familiare augustea si vedano anche: T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli: Jovene, 2010 (3ª ed.); T. A. J. MCGINN, *The Augustan Marriage Legislation and Social Practice: Elite Endogamy versus Male "Marrying Down"*, in *Speculum iuris: Roman law as a reflection of social and economic life in antiquity*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002, pp. 46-93; M. ZABLOCKA, *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 379-410; B. BIONDI, *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milano: Vita e Pensiero, 1939, pp. 141-262.

⁷⁴ Catone, strenuo difensore delle tradizioni e dei costumi atavici di Roma, si batté con tutte le sue forze al fine di ostacolare la corruzione dilagante nelle province. Profondamente contrario alla cultura greca, colpevole di corrompere gli antichi e sani valori ereditati dagli avi, osteggiò con determinazione il filellenismo degli Scipioni e, in generale, il processo di ellenizzazione conseguente alle conquiste orientali. Fu proprio durante l'anno in cui Catone ricoprì la carica di censore, il 184 a.C., che questa sua determinazione ed ossessione per l'integrità morale fu più duramente esibita, in particolare mediante la proposta di severissime norme contro gli sperperi ed il lusso e, viceversa, a favore di un ritorno ai costumi austeri di un tempo. Non a caso, Catone è passato alla storia come «Catone il Censore», non soltanto per il fatto di aver ricoperto questa carica, ma soprattutto in ragione del suo carattere conservatore e del suo inflessibile rigore etico. Fra i tanti fenomeni che Catone cercò di contrastare, in questa sede assume particolare rilievo la battaglia da lui condotta contro l'emancipazione delle donne, anch'essa favorita, a suo avviso, dalla diffusione della filosofia ellenistica. A riguardo, si vedano le testimonianze tramandateci da Livio nell'*Ab Urbe condita* (Tit. Liv., *Ab Urbe condita*, 34.3.2) e da Aulo Gellio nelle *Notti Attiche* (Aul. Gell., *Noct. Att.*, 10.23.5).

La prima legge che, infatti, Ottaviano decise di emanare, nel 18 a.C., è la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, che si proponeva come obiettivo, da un lato, quello di garantire la diffusione del matrimonio, al fine di favorire soprattutto la crescita demografica⁷⁵, dall'altro, quello di precisare i confini sociali delle unioni coniugali (il che spiega anche il nome attribuito alla legge «*de maritandis ordinibus*»). Fra i motivi che spinsero il *princeps* ad intervenire in tal senso vi era, in particolare, la crescita del numero degli schiavi scaturita dalle conquiste belliche, che aveva comportato un aumento delle manomissioni e, conseguentemente, della massa dei liberti. Con riferimento a questi ultimi, perciò, Augusto prevede un peculiare divieto, sancendo che né questi né i loro discendenti, pur essendo cittadini romani e come tali provvisti di *conubium*, non potessero sposarsi o fidanzarsi («*ne ... sponsam uxoremve ... habeto*») con esponenti di classe senatoria⁷⁶. Tale divieto risulta chiaramente dalle parole di Paolo, il quale riporta il contenuto della *lex Iulia*, la quale avrebbe vietato ai

⁷⁵ L'obiettivo di incremento demografico della politica augustea, peraltro, celava un fine ulteriore: la rimilitarizzazione. L'aumento della popolazione avrebbe infatti automaticamente comportato anche un aumento del numero dei soldati disponibili per intraprendere le campagne di conquista militare che Augusto aveva di mira. Il vero obiettivo della campagna demografica augustea è messo in luce polemicamente da Properzio, il quale afferma: «Dal nostro sangue non nascerà alcun soldato» (Prop., 2.7.14: «*Nullus de nostro sanguine miles erit*»). Properzio si inserisce dunque nella linea di pensiero degli elegiaci romani, i quali «rifiutavano il *cursus honorum* e il conseguente impegno militare; e si dichiaravano pacifisti». Così si esprime F. DELLA CORTE, *Le leges Iuliae e l'elegia romana*, in *ANRW*, 2, 30, 1 (1982), pp. 539-558 (in particolare p. 542), il quale nel proseguo cita a conferma alcuni versi dei più famosi elegiaci romani: «*non natus idoneus armis*» (Tib., 1.6.29); «*pacem veneramur amantes*» (Prop., 3.5.1); «*nos odimus arma*» (Ovid., *Amor.*, 3.2.49). Le testimonianze di questi autori che entrarono in aperta polemica con il *princeps*, non devono però indurci a credere che l'intera *intelligencia* dell'epoca fosse in opposizione con la politica augustea. Al contrario, non mancarono illustri intellettuali che appoggiarono in modo totale ed incondizionato il programma del *princeps*, propagandandone l'operato e lodandone i risultati. Fra questi Virgilio, Livio e, non ultimo, Orazio, il quale, fra l'altro, in quanto fautore della necessità di una rigenerazione etica e morale, accolse positivamente la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, che a suo avviso avrebbe contribuito a restituire alla *domus* la castità da tempo perduta. Cfr. Hor., *Carmina*, 4.5.21-24.

⁷⁶ Alla *lex Iulia de maritandis ordinibus* farà seguito, nel 9 a.C., un'altra legge, la *lex Papia Poppaea nuptialis*, che integrava e modificava il contenuto della precedente, tanto che, stante l'analogia di contenuto, le leggi furono poi fuse in un testo unico: la *lex Iulia et Papia*. Questa introdusse una serie di obblighi e divieti in materia matrimoniale, corredati da premi e sanzioni, che colpivano chi non si fosse sposato (*caelibes*) o non avesse avuto figli (*orbi*). Il programma legislativo fu, inoltre, accompagnato da una capillare propaganda volta ad esaltare la prolificità in ogni sua forma; tanto che Gellio racconta che il *princeps* avrebbe addirittura deciso di rendere omaggio ad una sua schiava che partorì cinque gemelli, sebbene sia questi ultimi che la madre sopravvissero soltanto pochi giorni al parto. Cfr. Aul. Gell., *Noct. Att.*, 10.2.2: «*Sed et divo Augusto imperante qui temporum eius historiam scripserunt ancillam Caesaris Augusti in agro Laurente peperisse quinque pueros dicunt eosque pauculos dies vixisse; matrem quoque eorum, non multo postquam peperit, mortuam monumentumque ei factum iussu Augusti in via Laurentina inque eo scriptum esse numerum pauperii eius, de quo diximus.*»

senatori, ai loro figli, nipoti e successivi discendenti di prendere come mogli (*nupta*), o anche soltanto come fidanzate (*sponsa*), liberte o persone i cui genitori si fossero dedicati alle arti sceniche (*ars ludicra*), nell'antichità considerate socialmente poco dignitose.

D. 23.2.44.pr. (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*)

Lege Iulia ita cavetur: «Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. [...]]»

Lo stesso divieto di matrimonio connesso all'esercizio dell'arte ludica è poi ribadito al successivo paragrafo (n. 1) del medesimo frammento, nel quale viene peraltro sancito in via bidirezionale, rivolgendosi la prescrizione sia ai senatori, vietando loro di sposare liberte e figlie di attori, sia ai liberti di sposare le figlie di esponenti dell'ordine senatorio.

D. 23.2.44.1 (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*)

Hoc capite prohibetur senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem ludicram fecerit: item libertinus senatoris filiam ducere.

La precisa volontà di estendere il divieto anche alle figlie e alle ulteriori discendenti dei senatori era naturalmente volto a rafforzare la tutela dell'integrità dell'ordine sociale senatorio, il cui onore avrebbe potuto essere compromesso non soltanto dai suoi membri effettivi, ma altresì da condotte poco ragguardevoli delle relative discendenti. Non a caso, la disposizione augustea si rivolgeva direttamente anche a queste, con un divieto espresso in termini del tutto analoghi a quello previsto a carico dei loro padri. Ciò è confermato dal proseguo del *principium* del frammento di Paolo sopra citato, che in modo imperativo vieta alle *filiae* e alle nipoti dei senatori di essere «*nuptae*» o «*sponsae*» di liberti o di figli di attori.

D. 23.2.44.pr. (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*)

«[...] Neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive qui ipse cuiusve pater

materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto».

I medesimi impedimenti matrimoniali relativi all'ordine senatorio emergono inoltre dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, che fanno riferimento, accanto ai liberti e ai figli di chi «*artem ludicram fecerit*», anche ai soggetti «*corpore questum facientem*».

Tit. ex corp. Ulp. 13.1

Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumque pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem.

Il significato di quest'ultima espressione viene poi chiarito, come attenta dottrina ha rilevato, in un brano del Digesto attribuito allo stesso Ulpiano, dal quale emerge che coloro «*quae corpore quaestum faciunt*» sarebbero «non solo le prostitute, ma anche le ex prostitute e le *lenae*, cioè coloro che sfruttano la prostituzione, intendendo come tali tutte coloro che *hoc vitae genus excercent*»⁷⁷.

L'inciso finale del brano appena citato non appare invece nel successivo frammento dei medesimi *Tituli*, che, nel riferire i divieti matrimoniali rivolti a tutti gli altri uomini liberi (*ceteri ingenui*), non fa riferimento al «*corpore quaestum facere*». Aspetto, quest'ultimo, che ha diviso la dottrina in merito all'ipotesi di un'eventuale interpolazione del passo e all'estensione del divieto

⁷⁷ Le parole riportate sono di M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., p. 108, la quale richiama a chiarimento dell'espressione «*corpore questum facientem*» i frammenti 4 e 6 di D. 23.2.43.4-6 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): «4. *Non solum autem ea quae facit, verum ea quoque quae fecit, etsi facere desiit, lege notatur: neque enim aboletur turpitude, quae postea intermissa est. [...]* 6. *Lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere.*» Con queste parole il giurista intende, infatti, completare e chiarire ulteriormente quanto affermato nei due frammenti iniziali (D. 23.2.43.pr.-1): «pr. *Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit. 1. Palam autem sic accipimus passim, hoc est sine dilectu: non si qua adulteris vel stupratoribus se committit, sed quae vicem prostitutae sustinet.*»

di matrimonio con le prostitute, come limitato ai soli senatori o viceversa rivolto in generale a tutti gli ingenui⁷⁸.

Tit. ex corp. Ulp. 13.2

Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et iudicio publico damnatam, et quae artem ludicram fecerit: adicit Mauricianus et a senatu damnatam.

Da segnalare, inoltre, il riferimento alle donne condannate in giudizio pubblico per il reato di adulterio – sul quale avremo modo di soffermarci meglio *infra* – le quali pure venivano sanzionate, tra l'altro, attraverso l'impedimento matrimoniale. Da questo punto di vista, infatti, le adulate erano equiparate alle prostitute, alle meretrici, alle cosiddette mezzane⁷⁹, le quali venivano complessivamente indicate con l'espressione «*feminae probrosae*»⁸⁰ – nel cui ambito venivano fatte rientrare anche le attrici – in quanto tutte donne connotate da una condotta riprovevole e *lato sensu* «vergognosa»⁸¹.

Ulteriori divieti ed impedimenti matrimoniali furono poi previsti dalla legislazione emanata dagli imperatori nei secoli successivi, che vietarono ad esempio l'unione tra la pupilla ed il proprio tutore e, inoltre, quello dei funzionari – governatori o comandanti militari – con le donne residenti nelle province da essi amministrate.

⁷⁸ Sul punto si rinvia a M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., p. 110 e alla reativa bibliografia dall'autrice individuata.

⁷⁹ Con il termine «mezzana» si fa in genere riferimento alle donne che facevano da tramite o comunque agevolavano o favorivano incontri o relazioni amorose illecite, specialmente se dietro corrispettivo di denaro. Questo spiega perché tale figura fosse ritenuta più o meno direttamente connessa all'esercizio della prostituzione o comunque a condotte sessuali riprovevoli e vietate.

⁸⁰ L'aggettivo «*probrosae*» riferito a «*feminae*» viene messo in rapporto di diretta derivazione dal termine «*probrum*» da M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., p. 111 nt. 11, la quale ritiene che l'aggettivo esprimerebbe un significato di «vergogna o bruttura», da più parti attestato dalle parole dei giuristi: D. 23.2.41.pr. (Marc. 26 dig.): «*Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent volgoque quaestum facerent, etiamsi non palam.*»; D. 50.16.42 (Ulp. 57 ad ed.): «*Probrum*» et obprobrium idem est. Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. Ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.»

⁸¹ Nei confronti di tali categorie di donne non avevano dunque ragione di essere le sanzioni in punto di incapacità ereditaria previste – come *supra* accennato (cfr. nota ...) – a carico dei celibi dalla *lex Iulia et Papia*, dalle quali dunque le stesse erano espressamente esonerate.

Per quanto concerne il divieto relativo all'unione fra tutore e pupilla⁸² il principale riferimento è rappresentato da un passo di Marciano, il quale, tuttavia, è stato sospettato di interpolazione, principalmente in ragione del riferimento alla possibilità di esperire l'*accusatio adulterii*. È stato, infatti, osservato che, non essendo la pupilla una donna sposata, la relazione da questa intrattenuta col proprio tutore non dovrebbe tecnicamente qualificarsi come «*adulterium*», ma piuttosto come «*stuprum*»⁸³.

D. 48.5.7 (Marcian. 10 *inst.*)

Qui pupillam suam duxit uxorem contra senatus consultum, nec matrimonium est hoc et potest adulterii accusari, qui tutor vel curator fuit et intra vicensimum sextum annum duxit uxorem non a patre desponsam vel destinatum vel testamento denominatum.

Con riferimento, invece, al divieto di matrimonio per il funzionario provinciale ci limitiamo a citare un brano di Paolo, sul quale si è recentemente soffermata la dottrina che, contrapponendosi a quanti hanno ritenuto il passo interpolato, ne ha proposto una diversa lettura⁸⁴, che peraltro si collega al divieto di donazioni tra coniugi, sul quale ci riserviamo di tornare a breve. Al centro della discussione si pone, in particolare, l'affermazione relativa alla

⁸² Per la dottrina che, sulla scia di Edoardo Volterra, reputa il matrimonio invalido (nullo o inesistente), si vedano: L. DESANTI, *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 443-463; M. SCOGNAMIGLIO, *L'analogia tra tutor e qui officium in provincia gerebat: osservazioni sull'amministrazione provinciale in età classica*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), in *Philia: scritti per Gennaro Franciosi*, 4, Napoli: Satura, pp. 2437-2472; e, inoltre, R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale nel Tardo impero*, in *SDHI*, 56 (1990), pp. 323 ss. (part. pp. 334 ss.), secondo cui il matrimonio sarebbe nullo. Il matrimonio sarebbe colpito da nullità anche secondo R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, cit., pp. 214 ss., ad avviso del quale si tratterebbe però di nullità relativa e non assoluta, in quanto contratto contro la volontà della donna (analogamente a quello del funzionario).

⁸³ Di diverso avviso, tuttavia, M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., pp. 117 ss. la quale reputa poco convincente la tesi avanzata da Lucetta Desanti (L. DESANTI, *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, cit., pp. 452 ss.; ID., *Interpellare de stupro e iniuriae in corpus: P.S. 5, 4, 4 in AUFÉ*, 4 (1990), pp. 129-142), che propone di sostituire il termine «*adulterium*» con «*stuprum*»: per la compiuta esposizione dei motivi a sostegno di tale obiezione, si rinvia alle pagine dell'autrice (in particolare, pp. 122-123).

⁸⁴ La nuova lettura cui facciamo riferimento è quella proposta da M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., pp. 132 ss., alla quale rinviamo per la compiuta esposizione del dibattito nonché per la relativa bibliografia, nell'ambito della quale ci limitiamo a citare, come oppositore della tesi interpolazionista – sostenuta invece, pur in modi diversi, da Scialoja, Bonfante e Beseler – E. VOLTERRA, *Sull'unione coniugale del funzionario della provincia*, Germania, 1972, p. 346.

legittimità dei figli nati dopo la dismissione dell'ufficio («*postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse*»), dalla quale secondo questa dottrina dovrebbe desumersi la presenza dell'*affectio maritalis* anche laddove il *matrimonium* non fosse *iustum*.

D. 23.2.65.pr.-1 (Paul. 7 respons.)

pr. Eos, qui in patria sua militant, non videri contra mandata ex eadem provincia uxorem ducere idque etiam quibusdam mandatis contineri.

1. Idem eodem. Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.

Non ci soffermiamo, infine, sulle peculiarità concernenti il matrimonio dei militari e sui divieti che Svetonio⁸⁵ riferisce ai soldati – divieti che, peraltro, sembrerebbero smentiti dalla compilazione giustiniana⁸⁶ – per i quali ci pare opportuno rinviare agli studi che anche di recente la dottrina ha dedicato all'argomento⁸⁷.

Conclusa la ricognizione in ordine alle ipotesi qualificabili, vuoi per carenza dei requisiti giuridici, vuoi per violazione dei divieti legislativi, come

⁸⁵ Svet., *De vita Caesarum*, Aug., 2.24: «*In re militari et commutavit multa et instituit, atque etiam ad antiquum morem nonnulla revocavit. Disciplinam severissime rexit: ne legatorum quidem cuiquam, nisi gravate hibernisque demum mensibus, permisit uxorem intervire. Equitem Romanum, quod duobus filiis adolescentibus causa detrectandi sacramenti pollices amputasset, ipsum bonaque subiecit hastae; quem tamen, quod imminere emptioni publicanos videbat, liberto suo addixit, ut relegatum in agros pro libero esse sineret. Decimam legionem contumacius parentem cum ignominia totam dimisit, item alias immodeste missionem postulantes citra commoda emeritorum praemiorum exauctoravit. Cohortes, si quae cessissent loco, decimatas hordeo pavit. Centuriones statione deserta, itidem ut manipulares, capitali animadversione puniit, pro cetero delictorum genere variis ignominis adfecit, ut stare per totum diem iuberet ante praetorium, interdum tunicatos discinctosque, nonnumquam cum decempedis, vel etiam cespitem portantes.*»

⁸⁶ Cfr.: D. 23.2.35 (Pap. 6 resp.); D. 24.1.32.8 (Ulp. 33 ad Sab.); D. 29.1.7 (Ulp. 9 ad Sab.); D. 29.1.33.pr. (Tert. sing. de castr. Pec.); D. 49.17.6 (Ulp. 32 ad Sab.); D. 49.17.7 (Ulp. 33 ad ed.); D. 49.17.8 (Ulp. 45 ad ed.); D. 49.17.9 (Ulp. 4 disp.); D. 49.17.13 (Pap. 16 quaest.); C. 2.11.5 (Imperatores Severus, Antoninus), C. 6.21.3 (Imperator Antoninus). Cfr. M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., nt. 61.

⁸⁷ Si veda, in particolare, il recente contributo di P. P. ONIDA, *Il matrimonio dei militari in età imperiale*, in *Diritto e Storia*, 14 (2016), pubblicato in *dirittoestoria.it*. Sul tema si veda anche M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., pp. 128 ss., in particolare cap. 3, par. 3 («*Il matrimonio del soldato*»).

matrimonium iniustum, occorre adesso prendere in esame la diversa tipologia di unioni che con termine moderno abbiamo definito «di fatto»; unioni che, a causa dell'assenza dell' *affectio maritalis*, quale requisito essenziale soggettivo del matrimonio romano, non potevano essere ricomprese nel significato neppure ampio di *matrimonium*: stiamo parlando, naturalmente, del concubinato.

5. Il concubinato: «*non omnis mulier iuncta viro uxor est viri*».

5.1. Il concubinato nel diritto italiano.

Prima di affrontare il tema del concubinato all'interno dell'esperienza giuridica romana è opportuno premettere qualche breve considerazione in ordine a tale fenomeno così come era previsto nel nostro ordinamento⁸⁸. L'utilizzo dell'imperfetto «era» non è casuale, dal momento che il concubinato è istituto che appartiene alla nostra storia giuridica passata, non trovando ormai più cittadinanza nel diritto vigente.

Volendo anzitutto cercare di inquadrare il fenomeno dal punto di vista definitorio, il termine concubinato⁸⁹ viene normalmente impiegato per indicare la convivenza fra uomo e donna al di fuori del matrimonio: esso, dunque, è una sorta di sinonimo arcaico della moderna convivenza «*more uxorio*»⁹⁰. Sebbene,

⁸⁸ Sul concubinato nell'ambito dell'ordinamento moderno, si vedano, relativamente al diritto civile: B. BRUGI, *s.v. Concubinato (civile, storia del diritto)*, in *Dig. It.*, 8/1, Torino: UTET, 1836, pp. 468-526; G. TARANTO, *s.v. Concubinato (civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1967, pp. 1053-1055; G. MARINI, *s.v. Concubinato. Diritto civile*, in *Noviss. Dig. It., App.*, 2, Torino: UTET, 1981, pp. 320-322. Con riferimento, invece, al diritto penale: R. GIOFFREDI, *s.v. Concubinato (penale)*, in *N. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1938, pp. 707-709; A. MANCARI, *s.v. Concubinato (penale)*, in *Noviss. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1967, pp. 1055-1059. Per quanto concerne, poi, il diritto canonico: P. G. CARON, *s.v. Concubinato (canonico)*, in *Noviss. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1967, pp. 1059-1063; inoltre, sulla questione dell'eventuale ammissione del concubinato da parte della Chiesa: G. C. CASELLI, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, in *Rivista di storia di diritto italiano*, 37-38 (1964-1965), pp. 163-220.

⁸⁹ La donna coinvolta nel concubinato è qualificata appunto come concubina. Dal punto di vista etimologico il termine «concubinato» deriva dal verbo latino «*concumbere*» (*concumbo, concumbis, concubui, concubitum, concumbere*), a sua volta composto da «*con (cum)*» e «*cumbere (cubare)*», cioè giacere a letto insieme.

⁹⁰ Non a caso, il corrispondente francese del termine – «*concubinage*» – esprime proprio il concetto di convivenza «*more uxorio*» o di unione civile. Per un approfondimento sul

mentre quest'ultima si caratterizza per essere un'espressione sostanzialmente neutra e priva di disvalore alcuno, il termine «concubinato» era connotato da un valore ideologico tendenzialmente negativo. Più specificamente, il concubinato si concretizzava in passato in presenza di una relazione fattuale in cui una donna conviveva con un uomo, dal quale era normalmente mantenuta, senza però essere ad esso legata da alcun vincolo coniugale, essendo quest'ultimo già sposato con un'altra donna. Il concubinato era una situazione che dunque riguardava essenzialmente le donne, non essendo previsto un corrispondente maschile del fenomeno. Esso, infatti, si fondava sulla disuguaglianza di genere e sulla disparità nella relazione di coppia, nella quale l'uomo ricopriva una posizione dominante, sia dal punto di vista economico che sociale. Ciò non significa, però, che il concubinato implicasse uno stato di soggezione della donna all'arbitrio dell'uomo: si trattava infatti, al pari del matrimonio, di una scelta del tutto consensuale e, anzi, spesso ricercata dalla donna stessa, al fine di garantirsi un sostentamento economico da parte del compagno. Anche per questo motivo, il termine evoca nell'immaginario comune una relazione fondata su motivi economici più che affettivi e, pertanto, considerata socialmente disdicevole e generalmente disapprovata.

La connotazione negativa del fenomeno peraltro risulta confermata dal trattamento giuridico ad esso riservato dal nostro diritto penale, che lo considerava addirittura un reato. Il codice Rocco, infatti, all'art. 560⁹¹, puniva il marito che tenesse «una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove»: la fattispecie era dunque configurata dal punto di vista soggettivo come un reato proprio dell'uomo, nonostante il codice prevedesse l'estensione della pena anche alla concubina, complice dell'illecito⁹². Per la donna, invece, la violazione del dovere di fedeltà coniugale configurava la diversa fattispecie di adulterio, reato previsto e punito all'articolo immediatamente precedente

significato e la storia di tale espressione, si rinvia alla relativa voce enciclopedica: *s.v. More uxorio*, in *N. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1939, pp. 755-757.

⁹¹ Si riporta il testo dell'art. 560 c.p., che recava la rubrica «*concubinato*»: «Il marito, che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni. La concubina è punita con la stessa pena. Il delitto è punibile a querela della moglie.»

⁹² La previsione dell'applicazione della medesima pena prevista per il marito e per la moglie infedele al complice del loro tradimento (ossia, da un lato, alla concubina e, dall'altra, all'amante dell'adultera) è l'unico aspetto che accomuna i due diversi reati di adulterio e concubinato (cfr. artt. 559 e 560 c.p.).

(art. 559 c.p.)⁹³. La differenza tra i due delitti era espressiva della discriminazione di genere che rappresentava il retaggio di un'epoca in cui la società e la famiglia erano connotate in senso maschilista e patriarcale, secondo un modello che nel 1930 non era stato ancora superato e che, non a caso, emerge anche da ulteriori disposizioni del codice penale⁹⁴. Infatti, le due fattispecie si caratterizzavano per una diversa gravità e, conseguentemente, per una differente entità della pena: in particolare, mentre l'adulterio femminile era punito anche in presenza di un solo episodio, naturalmente aggravato laddove reiterato e sfociato in una 'stabile' relazione adulterina, al contrario l'infedeltà maschile, laddove occasionale, non era considerata penalmente rilevante. Per il marito, l'irrogazione della sanzione esigeva la *diuturnitas*, ossia la continuità del rapporto, che doveva peraltro emergere in maniera manifesta: il codice richiedeva, infatti, che la relazione fosse consacrata dalla coabitazione della concubina nella casa coniugale o che fosse comunque resa altrimenti «notoria».

Tale situazione di evidente disparità, cristallizzata nel codice penale del 1930, non poteva reggere al vaglio dei nuovi principi elaborati in seno all'assemblea costituente, rispetto ai quali, infatti, non tardò a manifestare la propria inadeguatezza. Tuttavia, alla definitiva abrogazione si giunse oltre vent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione: furono, infatti, due sentenze del dicembre 1969 a dichiarare costituzionalmente illegittimi i citati

⁹³ L'art. 559 c.p., rubricato «*adulterio*», così recitava: «La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. Il delitto è punibile a querela del marito.»

⁹⁴ Il riferimento è in particolare ai cosiddetti «delitti per causa d'onore», cioè quei delitti commessi proprio per salvaguardare l'onore proprio o della famiglia, ai quali il codice Rocco riservava un trattamento di favore. Fra tali reati – che furono abrogati soltanto dalla legge n. 442 del 5 agosto 1981 – merita in particolare citare l'articolo 587, che prevedeva uno sconto di pena in virtù dello «stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia» che aveva determinato il proposito omicida. (Art. 587 c.p.: «Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella.»). L'argomento è stato studiato anche da Eva Cantarella, che ha prospettato un confronto diacronico tra la causa d'onore del codice Rocco e il regime repressivo introdotto da Augusto con la *lex Iulia de adulteriis*. Cfr. E. CANTARELLA, *La causa d'onore dalla lex Iulia al codice Rocco*, in *Testimonium amicitiae a Franco Pastori*, Milano: Giuffrè, 1992, pp. 71-94; E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 1, Milano: Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, 1972, pp. 243-274 (riportato ora con qualche cambiamento in *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano: Giuffrè, 1976, pp. 161-204).

articoli⁹⁵, eliminando così definitivamente i reati di adulterio e di concubinato dal nostro codice penale⁹⁶ e segnando una tappa decisiva in favore del processo di progressiva evoluzione dell'ordinamento verso la parità di genere.

Ecco che, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, il termine concubinato è stato cancellato dal nostro vocabolario giuridico, e ad esso è subentrato il diverso concetto di convivenza «*more uxorio*», ulteriormente superata, di recente, da quello di convivenza o famiglia «di fatto»: espressioni che, pur indicando sostanzialmente lo stesso fenomeno, si caratterizzano per il loro diverso valore non solo semantico, ma soprattutto ideologico.

5.2. Il concubinato nel diritto romano.

Ripercorsa brevemente la nozione e la storia giuridica del concubinato nel diritto moderno, occorre adesso prendere coscienza di quale fosse il suo significato e di quale posto ricoprisse nell'ambito dell'ordinamento giuridico romano. A riguardo occorre subito avvertire che il concubinato⁹⁷, che per noi, come abbiamo appena visto, ricopre un valore indubbiamente negativo e

⁹⁵ Si tratta, in particolare, delle sentenze della Corte Costituzionale n. 126 del 19 dicembre 1968 e n. 147 del 3 dicembre 1969.

⁹⁶ Mentre i reati di adulterio e di concubinato sono stati cancellati dal nostro ordinamento, è tutt'ora presente quello di bigamia: ciò in quanto il valore che quest'ultimo mira a tutelare non è, a differenza degli altri due, la fedeltà dei coniugi, ma piuttosto la certezza degli effetti giuridici derivanti dal matrimonio. Non a caso, il codice stabilisce che, laddove il primo matrimonio sia dichiarato nullo, il reato di bigamia dovrà essere dichiarato estinto e l'imputato, conseguentemente, assolto (cfr. art. 556 c.p.).

⁹⁷ Per la trattazione del concubinato all'interno dei principali manuali di diritto romano, si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 462 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 162 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., pp. 244 ss.; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., pp. 147 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 572 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 227; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* cit., p. 465; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 435; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 243; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., p. 96; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 134 ss., 154; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., pp. 675 ss. Per alcuni contributi dottrinali in tema di concubinato, si vedano, oltre a C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, 3: *Concubinato Divorzio Adulterio*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2005, anche: G. C. CASELLI, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, in *Rivista di storia di diritto italiano*, 37-38 (1964-1965), pp. 163-220; G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR*, 27 (1914), pp. 55-71 (= *Scritti giuridici*, Milano: Hoepli, 1923, pp. 143-163); T. A. J. MCGINN, *Concubinage and the 'lex Iulia' on Adultery*, in *TAPhA*, 121 (1991), pp. 335-375; A. ROUSSELLE, *Concubinat et adultère*, in *Opus*, 3 (1984), Firenze: All'Insegna del Giglio, pp. 75-84; L. SANDIROCCO, *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, in *Labeo* 50 (2004), pp. 197-230.

socialmente riprovevole, nel diritto romano rappresentava, invece, una prassi piuttosto diffusa e, almeno nella maggior parte dei casi, non disapprovata dalla società⁹⁸. Non era, infatti, inusuale che un uomo, oltre ad avere una *uxor*, quindi una moglie, avesse anche una *concubina*, senza che questo destasse alcun tipo di scalpore o screditasse la sua reputazione. Questa circostanza, tanto estranea alla nostra mentalità, potrebbe indurci a pensare che la società romana ammettesse la bigamia⁹⁹, soprattutto tenuto conto del fatto che, se osservato dall'esterno, il concubinato non doveva apparire poi tanto diverso dal *matrimonium*. Esso si concretizzava, infatti, in una convivenza del tutto simile a quella coniugale, spesso anche connotata da quello stesso requisito della stabilità che era richiesto per la validità del matrimonio, senza che tuttavia si risolvesse in un'unione ad esso assimilabile. Non tutte le convivenze stabili, infatti, erano qualificabili come *matrimonium* e, correlativamente, non ogni donna che abitasse assieme ad un uomo era per ciò solo considerabile sua *uxor*: «*non omnis mulier iuncta viro uxor est viri*»¹⁰⁰. L'aspetto che, infatti, caratterizzava il concubinato e che valeva, per ciò solo, a distinguerlo nettamente dal *matrimonium* era la «mancanza dell'*affectio maritalis*»¹⁰¹ e,

⁹⁸ Il concubinato era, infatti, una prassi pacificamente diffusa nella maggioranza delle società antiche, comprese quella romana e quella greca. In particolare, nel diritto attico, la concubina aveva un ruolo sociale preciso, che la differenziava sia dall'etera, sia dalla moglie. A differenza della prima, infatti, la concubina viveva nella casa del proprio compagno, alla stregua di una moglie; diversamente da quest'ultima, però, non essendo legata all'uomo da un valido vincolo giuridico, non generava prole legittima e, inoltre, non partecipava dello *status* sociale del marito.

⁹⁹ E. VOLTERRA, *Per lo studio del reato di bigamia*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, E. ALBERTARIO (a cura di), Milano: Giuffrè, 1934, pp. 387-447; E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Scritti giuridici*, 7. *Diritto criminale e diritti dell'antico oriente mediterraneo*, Napoli: Jovene, 1999, pp. 209-267; R. ASTOLFI, *Sintesi della storia della bigamia in Roma*, in *SDHI* 76 (2010), pp. 281-290.

¹⁰⁰ Tale principio sopravviverà nei secoli e sarà ancora sancito da Ivone di Chartres, il quale lo inserì nel suo *Decretum*, ossia una delle tre compilazioni (oltre alla *Panormia* e la *Tripartita*) con cui il vescovo tentò di armonizzare e compendiare le leggi canoniche, disperse in una miriade di collezioni e decreti (cfr. Ivo, *Decretum*, 8.138).

¹⁰¹ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit.: «La presenza dell'*affectio maritalis* anche nel *matrimonium iniustum* lo distingue dal concubinato, nel quale manca. I concubini non intendono, infatti, avere figli *iusti*. L'*affectio maritalis*, essendo la volontà di avere figli legittimi, impone alla donna di averli soltanto dal marito. Qualora contravvenga a quest'obbligo, commette *adulterium*. Lo commette, se il *matrimonium* è *iustum*, ma lo commette anche se *iniustum*: l'*affectio maritalis* è la stessa in entrambi i casi. Quindi anche il *matrimonium iniustum* dà vita ad un rapporto giuridico, tutelato dal diritto criminale in caso di adulterio della donna. Ne consegue che, a differenza del *matrimonium iniustum*, il concubinato è un rapporto di fatto, perché manca dell'*affectio maritalis*». Si veda anche D. QUARTUCCIO, *Sull'origine dell'«adfectio maritalis»*, in *Labeo*, 24/1 (1978), pp. 51-56.

conseguentemente, dell'*honor matrimonii*»: proprio in virtù della carenza di tali elementi «la donna non partecipava del rango e della dignità sociale dell'uomo e i suoi figli erano illegittimi»¹⁰².

Il fatto che il concubinato fosse carente sotto il profilo dell'*affectio maritalis* ci permette, dunque, di escludere in radice l'ipotesi della bigamia, dal momento che, quanto meno da parte dell'uomo, non vi era affatto l'intenzione di tenere la *concubina* come «seconda moglie». Anzi, le storie di vita coniugale tramandateci dalle fonti ci attestano che a Roma il principio monogamico era fortemente riconosciuto ed applicato: da ciò consegue che, come rilevato dagli studi dedicati alla storia giuridica della bigamia, «il secondo matrimonio dell'uomo sposato era nullo e la donna che lo contraeva non ne diveniva moglie, ma era considerata soltanto e con proprietà la sua concubina»¹⁰³.

Da quanto detto possiamo, quindi, ricavare la definizione di concubinato e quella di concubina: il concubinato è la convivenza stabile tra un uomo e una donna che non configura e non si traduce in un matrimonio e la concubina, dunque, è la donna – come riferisce Paolo in un passo estratto dal commento alla *lex Iulia et Papia* – «*quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat*».

Peraltro, proprio il medesimo brano dal quale è escerpita l'affermazione appena citata ci consegna alcuni chiarimenti terminologici e lessicali in ordine al vocabolo «concubinato» e alle ulteriori dizioni con cui lo stesso concetto veniva espresso dagli antichi.

D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap.*)

Libro memorialium Massurius scribit "pellicem" apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακὴν Graeci vocant.

¹⁰² C. FAYER, *La familia romana* cit., 3, p. 11.

¹⁰³ R. ASTOLFI, *Sintesi della storia della bigamia in Roma*, cit., p. 281.

Il brano ci testimonia, infatti, che la donna che aveva una relazione concubinaria con un uomo, la quale generalmente era appunto denominata *concubina*, poteva però essere ricordata anche con altri appellativi, molti dei quali peraltro, come è stato rilevato, sono riscontrabili «soprattutto nelle fonti epigrafiche, come *amica, coniux, contubernalis, hospita, focaria*»¹⁰⁴.

A quelli appena citati, poi, Paolo ne aggiunge uno ulteriore, antico e molto particolare, ossia il termine «*pellex*», in relazione al quale il giurista ci spiega che Masurio Sabino, nel libro di *Memorie*, scrive che «*pellex*» presso gli antichi era ritenuta colei che, pur non essendo moglie, viveva con un uomo: ossia colei che «*nunc*» – cioè al tempo in cui scrive il giurista – veniva indicata col «*nomen*» di «*amica*» o, un poco più dignitosamente, «*concubina*». Dopodiché lo stesso Paolo aggiunge che Granio Flacco, nel libro sul *ius Papirianum*, scrive che al suo tempo era chiamata comunemente «*pellex*» («*pellicem nunc volgo vocari*») colei che si univa ad un uomo sposato («*quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat*»), mentre alcuni utilizzavano tale termine per indicare la donna che abitava in casa come moglie pur senza aver mai contratto matrimonio («*quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit*»), cioè colei che i Greci chiamano «*παλλακήν*» («*quam παλλακὴν Graeci vocant*»).

Per quanto concerne, poi, lo *status* di colei che viveva in una relazione di concubinato¹⁰⁵, normalmente la concubina era una donna che, per la propria posizione sociale, non avrebbe potuto rivestire, nei confronti dell'uomo, il ruolo di *mulier*. E questo è il motivo per cui la dottrina ha sostenuto che «là dove il matrimonio era possibile, ci si doveva sposare» e che soltanto «quando differenze sociali rendevano il matrimonio, se non impossibile, almeno sconveniente, si conviveva in concubinato». Il che risulterebbe confermato anche dal fatto che il concubinato normalmente si instaurava fra donne di origine servile, o comunque umile, e uomini di condizione sociale elevata, la

¹⁰⁴ C. FAYER, *La familia romana* cit., 3, p. 14.

¹⁰⁵ Gli effetti del concubinato, con riferimento al profilo sia sociale che patrimoniale, sono stati recentemente così sintetizzati da P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, p. 7: «La posizione sociale della concubina è molto diversa da quella della moglie. Alla concubina non spetta l'appellativo di *uxor*, essa non partecipa del rango e alla dignità sociale del marito e non ha obblighi di fedeltà rispetto all'altro coniuge. Ella non è tenuta a dare una dote, né si applicano le disposizioni che regolano i rapporti patrimoniali tra coniugi. Può ricevere donazioni, ma non può nutrire aspettative ereditarie *ab intestato*.»

cui immagine sarebbe stata indubbiamente screditata da un matrimonio con una donna di simile estrazione. Aspetto, quest'ultimo, che ci viene indirettamente confermato dalle parole di Ulpiano, il quale – a sua volta riportando l'opinione di un altro giurista, Atilicino, di cui condivide l'opinione – afferma che si sarebbero potute tenere come concubine, senza timore di commettere reato, soltanto quelle donne con le quali non si commetteva *stuprum*. E queste donne, non a caso, sono proprio «quelle con le quali impossibile era il matrimonio»¹⁰⁶.

D. 25.7.1.1 (Ulp. 2 *ad l. Iul. et Pap.*)

*Cum Atilicino Sentio et puto solas eas in concubinato habere
posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.*

Il fatto che il concubinato trovasse spazio e diffusione proprio laddove non era ammesso il matrimonio ci consente, inoltre, di ricavare un'altra conclusione per quanto concerne la sua diffusione a seguito dell'avvento del principato. Infatti, se da un lato la dottrina ritiene che il concubinato non fosse preso in considerazione dalla legislazione familiare augustea, dall'altro la stessa rileva come quella medesima legislazione ne avrebbe indirettamente favorito ed «incoraggiato» la diffusione¹⁰⁷: infatti, da un lato la *lex Iulia de*

¹⁰⁶ C. FAYER, *La familia romana* cit., 3, p. 21.

¹⁰⁷ Ad una sorta di incoraggiamento derivante dalla legislazione augustea verso il concubinato fa riferimento T. A. J. MCGINN, *Concubinage and the "lex Iulia" on Adultery*, cit., p. 338: «Finally, it is likely that the Augustan laws on adultery and marriage indirectly encouraged the rise of respectable concubinage as an institution recognised in its own right.». Ma il pensiero era già stato espresso da A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 244-245, il quale, dopo aver definito il concubinato, rileva che «la sua estensione è dovuta alla legislazione matrimoniale augustea, la quale da un lato colpisce come *adulterium* o *stuprum* le relazioni extramatrimoniali con donne *ingenuae et honestae* [...], dall'altro introduce [...] una serie di divieti matrimoniali [...]»; nonché da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, cit., p. 315: «Il concubinato dal punto di vista sociale, deve, se non la sua origine, certamente il suo dilagare alla legislazione augustea per cagione dei rigidi impedimenti di natura sociale posti dalla *lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* alle unioni coniugali con donne di rango sociale inferiore, nonché alle fiere sanzioni comminate dalla *lex Iulia de adulteriis* alle unioni extraconiugali con donne *ingenuae et honestae*, cioè contro lo *stuprum* o *adulterium*; [...]»; cfr. anche *Ibid.*, p. 316: «La legislazione augustea non solo non riconosceva il concubinato, ma non doveva nemmeno farne menzione. Il concubinato (o meglio, la sua diffusione) è una conseguenza indiretta, ma fatale di quella legislazione. La *lex Iulia de adulteriis*, comminando le sue fiere sanzioni contro lo *stuprum* e l'*adulterium*, elencava una serie di persone vili, nell'orgoglioso spirito della società romana e in particolare della restaurazione augustea, *in quas stuprum non committitur*: la *lex Iulia et Papia Poppaea* stabiliva una serie di impedimenti matrimoniali di natura sociale. La prima apriva la possibilità, la seconda dava la spinta al concubinato.»

adulteriis, elencando le persone con cui sarebbe stato possibile avere rapporti sessuali senza incorrere in una pena, non vietava *in toto* le unioni extraconiugali e, dall'altro, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, sancendo una serie di impedimenti matrimoniali di carattere sociale consigliava quasi tacitamente, in questi casi, di ricorrere al concubinato. Rispetto alle donne con cui in base a tali divieti – che saranno, peraltro, ulteriormente estesi dalla legislazione imperiale di età classica – era proibito contrarre matrimonio, rimaneva tuttavia lecita l'unione extraconiugale, la quale veniva appunto ad integrare ipotesi di concubinato.

Da quanto finora osservato emergono, dunque, due dati certi: il primo è che l'assenza nel concubinato dell'*affectio maritalis*, costituente requisito essenziale del *matrimonium*, ci consente di affermare l'alterità ontologica delle due tipologie di unioni. Aspetto, quest'ultimo, che ci consente di escludere che il concubinato fosse un secondo matrimonio, una sorta di duplicato del primo, e di affermare, piuttosto, che lo stesso si ponesse *a latere* dell'unione coniugale, quasi come una sorta di accessorio. Il secondo dato che pare emergere è che il concubinato pare porsi rispetto al *matrimonium* in rapporto di residualità, ricorrendovisi soltanto allorquando non fosse possibile o fosse altamente sconsigliabile che l'unione con una data persona fosse suggellata attraverso un vero e proprio *matrimonium*. Il che ci autorizza forse a configurare il concubinato, rispetto al *matrimonium*, come un'unione di livello secondario, potremmo dire, per usare il gergo sportivo, un'unione «di serie b», degradata sia socialmente sia giuridicamente rispetto al matrimonio.

Ferma restando dunque la diversa natura delle due unioni, che si rifletteva in un diverso rilievo sociale e giuridico, ciò non toglie che tuttavia, dall'esterno, potesse talvolta non risultare così agevole mantenerle distinte. Ciò soprattutto in ragione del fatto che – come già rilevato – il concubinato si differenzia dal matrimonio soprattutto per l'assenza di *affectio maritalis* e che, dunque, la distinzione i due riposa pressoché unicamente sul diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo dei membri della coppia¹⁰⁸. E, d'altra parte, che

¹⁰⁸ Ciò sarà vero, come rileva A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 254, soprattutto a seguito dell'abrogazione delle disposizioni della legislazione augustea, che, così come renderà lecito «il matrimonio con donna di infima condizione sociale», renderà parimenti «possibile, se solennemente attestato, il concubinato con donna di elevata condizione, che non si configura più quale *stuprum*».

determinante ai fini della qualificazione dell'unione fosse l'*animus* dei suoi membri è testimoniato dalle fonti, fra le quali si inserisce il seguente frammento di Paolo, il quale ritiene che la concubina dovesse essere considerata tale «sulla base del solo proposito dell'animo».

D. 25.7.4 (Paul. 19 *respons.*)

Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.

Ma, come la comune esperienza insegna, laddove la classificazione e l'inquadramento dei fenomeni è affidato all'elemento psicologico, tutto interno alla *mens* del soggetto, la stessa diviene immediatamente incerta e fraintendibile. Non a caso la dottrina ha, condivisibilmente, in più occasioni sottolineato la difficoltà di discernere l'*affectio uxoris* dall'*affectio concubinae* e ha rilevato come la concubina, vivendo nella stessa casa dell'uomo ed essendo ad esso legata da un rapporto durevole, sebbene fattuale, in niente apparentemente si differenzia dalla moglie; pertanto, la distinzione fra una *uxor* e una donna *uxoris loco* basata sull'*affectio maritalis*, teoricamente ineccepibile, nella pratica diviene in realtà evanescente e impalpabile, rischiando di «risolversi in una mera questione terminologica»¹⁰⁹.

Il che confermerebbe ancora una volta che il fenomeno delle unioni di fatto, intrinsecamente distinte dal matrimonio ma esteriormente ad esse non dissimili, non sarebbe poi così distante concettualmente da quello dell'apparenza. Anzi, nel momento in cui il concubinato, proprio per il suo modo di manifestarsi all'esterno, rischia di dar luogo a fraintendimento, confusione ed «errore»¹¹⁰, lo stesso ben si presta ad essere inquadrato come espressione *lato sensu* della stessa, come d'altra parte già i primi studi in materia avevano, pur senza approfondire il tema, prospettato, affermando che

¹⁰⁹ R. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, cit., p. 231: «Non è agevole «separare» l'*affectio uxoris* dall'*affectio concubinae*. Il discriminare è esile: «senza le nozze» la differenza fra la *uxor* e la donna *uxoris loco*, che è considerata «come moglie» vivendo nella stessa casa dell'uomo al quale è unita da un rapporto durevole anche se fattuale, sembra impalpabile: pare risolversi in una mera questione terminologica [...]»

¹¹⁰ Sulla rilevanza e sul ruolo ricoperto dall'errore nell'ambito della teoria dell'apparenza giuridica, si rinvia alle osservazioni contenute nel capitolo 1, par. 4.1.

lo stato di concubinato «non rare volte [...] si presenta con l'apparenza di una unione legittima»¹¹¹.

6. Regime giuridico del *matrimonium* e delle diverse tipologie di unioni: estendibilità di alcuni effetti al *matrimonium iniustum* e al concubinato.

Una volta descritte le diverse tipologie di relazioni di coppia contemplate e diffuse in Roma antica, possiamo adesso prendere in considerazione e cercare di individuare, sempre alla luce degli indizi offertici dalle fonti in nostro possesso, quali fossero gli effetti giuridici che dalle stesse discendevano. In particolare, posto che l'unica unione matrimoniale riconosciuta dal *ius civile* era il *matrimonium iustum*, occorre valutare se e in che termini anche alle altre tipologie di unioni l'ordinamento romano estendesse, ed entro che limiti, gli effetti discendenti dalla prima.

A riguardo, consapevoli dell'impossibilità di affrontare in questa sede in modo completo ed esauriente una materia tanto ampia, ci limiteremo a considerare tre diversi aspetti, dal cui confronto dovrebbero emergere elementi utili per confermare la tesi qui proposta.

Con questo obiettivo, abbiamo scelto di trattare, *in primis*, in ragione della sua importanza, connessa come già evidenziato alla *ratio* stessa dell'unione fra uomo e donna, il regime della filiazione; in secondo luogo, ci soffermeremo sul regime giuridico patrimoniale che legava uomo e donna, con particolare riferimento alle conseguenze discendenti, sul piano non solo personale ma anche economico, dalla *conventio in manum* e al divieto di donazione fra coniugi; infine, con un apparente salto logico che ci tragherà da una branca del diritto – quello civil-privatistico – all'altra – quello penal-pubblicistico –, i profili repressivi connessi alla violazione del dovere di fedeltà e conseguentemente, all'imputabilità per il reato di adulterio.

¹¹¹ La citazione, già *supra* riportata, è di M. D'AMELIO, s.v. *Apparenza del diritto* cit., p. 717.

6.1. Regime giuridico della filiazione: *liberi naturales, filii legitimi iusti e iniusti*.

Abbiamo più volte ripetuto come il *matrimonium iustum* fosse il principale modello matrimoniale conosciuto da Roma, e come fosse in particolare il solo riconosciuto e tutelato dal *ius civile*. La priorità ad esso accordata emerge pacificamente se si confronta il trattamento giuridico riservato ai figli di una coppia di coniugi *iusti*, rispetto a quello proprio dei figli di persone non sposate con *iustae nuptiae* e, ancor più, di quelli nati da un'unione non matrimoniale.

Relativamente alla filiazione romana, infatti, può individuarsi una sorta di gradazione, che determina l'attribuzione ai nati di uno *status* diversificato a seconda del tipo di legame sussistente fra i propri genitori. In particolare, potremmo rappresentare i vari gradi come una sorta di piramide, ascendendo la quale si determina un progressivo potenziamento della tutela giuridica. In tale contesto, sul gradino più basso troviamo in generale tutti i *liberi naturales*¹¹², espressione ambivalente, che, come spesso accade, è idonea ad identificare sia un *genus* che una *species*¹¹³. Infatti, con essa le fonti qualificano in senso ampio, e dunque come *genus*, tutti i figli; allo stesso tempo, però, la stessa

¹¹² Il termine «*liberi*» rappresenta, in gergo grammaticale e linguistico, il classico «*false friend*» o «falso amico», espressione con cui in linguistica si è soliti indicare quei vocaboli o lemmi che, pur presentando una notevole somiglianza fonetica o morfologica con termini propri di un'altra lingua, hanno tuttavia significato completamente diverso. Ciò è quanto avviene rispetto al termine latino «*liber*», che non tanto al singolare «*liber*», ma al plurale «*liberi*» richiama il termine italiano «libertà», ma individua, invece, la categoria generale dei figli, comprensiva di quelli naturali e legittimi, ai quali soltanto è riservata, come vedremo, la qualifica, conforme all'omologo termine italiano moderno, di «*filii*».

¹¹³ Si vedano, come ulteriori esempi di termini utilizzati ed utilizzabili sia come *genus* che come *species*, il termine *cognatio*, inteso in senso ampio come parentela di sangue e, in senso stretto, per indicare la parentela in linea femminile, come contrapposta a quella maschile rappresentata dall'*adgnatio*. Cfr. D. 38.10.10.4 (Paul. *sing. de grad. et adfin. et nom. eor.*): «*Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.*». Nonché, l'*adoptio*, termine con cui le fonti individuano sia quella peculiare ipotesi di adozione rappresentata dall'*adoptio in iure*, con cui poteva essere adottato un soggetto *alieni iuris*, sia in senso ampio e generale il *genus* adozione, come comprensivo sia dell'*adoptio in iure* che dell'*adrogatio*, ossia la più antica forma di adozione rivolta ad un soggetto *sui iuris*. La distinzione emerge chiaramente dalle parole del giurista Modestino, il quale, dopo aver chiarito che l'adozione può compiersi secondo due percorsi, quello naturale e quello giuridico (D. 1.7.1.pr. (Mod. 2 *reg.*): «*Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.*»), introduce la suddetta precisazione terminologica in ordine al termine *adoptio*: D. 1.7.1.1: «*Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.*» (cfr. anche Gai. 1.98-99).

viene stilizzata in senso stretto per indicare la specie dei figli nati da unioni non suggellate dal matrimonio, quali quelli nati da un concubinato o, ancora, quelli generati nell'ambito di relazioni adulterine o altrimenti illecite, come ad esempio quelle frutto di *incestum*.

Dopodiché sui successivi gradini si pongono i *filii*, qualifica riservata unicamente ai nati da unioni qualificabili come *matrimonium*. Tale generale qualifica non era tuttavia unitaria, realizzandosi al suo interno una scissione tra *filii iusti* e *filii iniusti*, del tutto corrispondente e speculare rispetto alla omonima e ormai nota distinzione tra le due diverse forme di *matrimonium*.

Da quanto appena affermato discende, dunque, il primo e principale effetto giuridico del *matrimonium iustum*, rappresentato, come già accennato *supra*, dalla legittimità della prole. Soltanto i figli nati da un'unione connotata dai già ricordati requisiti richiesti dall'ordinamento (*conubium*, consenso, età), nonché rispettosa delle diverse prescrizioni legislative, erano considerati *filii iusti*. Tale qualifica non spettava invece ai figli nati da unioni, pur matrimoniali, ma *iniustae*. Naturalmente tale distinzione tra *filii iusti* e *iniusti*, lungi da risolversi in una mera questione terminologica, aveva risvolti giuridici non secondari, da essa discendendo la stessa posizione sociale del *filius*.

A tale riguardo, occorre rilevare che un rapporto di parentela riconosciuto dal *ius civile* si veniva a creare unicamente per i *filii iusti*: il *filius* nato dalla *iusta uxor* ricadeva infatti nella *potestas* del *pater*, in quanto *vir iustus*, rispetto al quale dunque sorgeva un rapporto di *adgnatio*. La «*iustitia*» del matrimonio determinava, infatti, il sorgere di un vincolo di parentela giuridica tra *pater* e *filius*, di *adgnatio* appunto, che, com'è noto, rappresentava per il *ius civile vetus* l'unica linea parentale rilevante dal punto di vista giuridico. Essa determinava, anzitutto, l'ingresso nella *familia* paterna e l'acquisto del relativo *nomen*; ma, aspetto ancor più importante, il rapporto di *adgnatio* ricopriva rilevanza dal punto di vista successorio, facendo sorgere in capo all'*adgnatus* un'aspettativa ereditaria alla morte dell'ascendente.

D'altro canto, la sottoposizione alla *potestas* paterna rendeva il *filius* possibile destinatario delle diverse facoltà che da essa discendevano. Così, già al momento della nascita, la sorte del *filius* era condizionata dalla *voluntas* paterna di accoglierlo o meno nella sua famiglia, manifestata attraverso

l'esercizio dello *ius tollendi*¹¹⁴, ossia l'atto di sollevamento del figlio neonato da terra, a cui gli antichi attribuivano appunto il significato del nostro moderno riconoscimento filiale, al quale si contrapponeva, come prospettiva diametralmente opposta, il lasciare il figlio a terra; gesto dal quale emergeva dunque la volontà paterna di non riconoscere il figlio e dunque di abbandonarlo alla sua sorte, attraverso l'esercizio di quello *ius exponendi* che il diritto romano manterrà come prerogativa paterna sino in epoca postclassica¹¹⁵.

Laddove accolto nella famiglia, poi, il *filius* sarebbe stato soggetto a tutte le altre prerogative paterne¹¹⁶, che, com'è noto, potevano giungere fino all'uccisione, essendo al *pater* riconosciuto lo *ius vitae ac necis* nei confronti dei propri sottoposti¹¹⁷. Oltre a ciò, in una prospettiva certamente più lieve

¹¹⁴ Varro, *De vita pop. Rom.* 2 (Non. 848): «*Natus si erat vitalis ac sublatus ab ostetrice statuebatur in terra [...]*»; Seneca Maior, *Contr.* 10.4.16: «*[...] multos patres exponere solitos inutiles partus. ...]*»; Seneca Maior, *Contr.* 10.4: «*Quidam expositos debilitabat et debilitatos mendicare cogebat ac mercedem exigebat ab eis.*»; Ambr., *Hex.* 5.18.58: «*[...] pauperiores abiciunt parvulos et exponunt [...]*». Per approfondimenti e bibliografia rinviamo alla monumentale opera di C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, 1: *La familia romana*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 1994; nonché al suo più recente lavoro, nato dalle dispense di corsi universitari, ID., *La vita familiare dei romani antichi. Dalla nascita al matrimonio*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2016, pp. 5 ss., nel quale l'autrice offre una visione panoramica ed esaustiva della vita privata e familiare degli antichi Romani, soffermandosi sulla vita dei *pueri et puellae* romani dal giorno della nascita al giorno del matrimonio.

¹¹⁵ Lo *ius exponendi* rimarrà, infatti, anche nel diritto giustiniano. Pur nella estrema longevità di tale prerogativa, si registrarono nel corso dei secoli importanti mutamenti quanto allo *status* giuridico riconosciuto al *filius expositus*. In particolare, mentre da principio la sorte e la condizione giuridica del bambino abbandonato era sempre e soltanto la schiavitù, divenendo egli *servus* di colui che lo aveva recuperato, nei successivi secoli si assistette ad una progressiva evoluzione, che portò dapprima, con Costantino, ad attribuire ai *recuperatores* la scelta in ordine alla condizione giuridica assegnata al recuperato e, infine, con Giustiniano, al riconoscimento dello *status* di uomo libero a prescindere dalla volontà in tal senso di chi lo avesse trovato.

¹¹⁶ P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31 (1980), pp. 37-100 (= *Studi di diritto romano*, 2, Padova: CEDAM, 1985, pp. 397-463).

¹¹⁷ L'esistenza di un diritto di vita e di morte in capo al padre nei confronti dei figli non è oggetto di dubbio; maggiore incertezza si apre, invece, allorché si cerchi di individuarne l'origine, che le fonti sembrano riportare ad una legge di Romolo: *Coll.* 4.8.1 (*Pap. lib. sing. de adult.*): «*Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem [...]*». Sebbene un altro autore greco, Dionigi di Alicarnasso, nella sua opera *Ῥωμαϊκὴ ἀρχαιολογία* (= *Antiquitates Romanae*), ci dia notizia di un divieto di «infanticidio» (da intendersi tecnicamente come l'uccisione dell'*infans*, ossia del bambino al di sotto di una certa soglia di età) attribuito allo stesso Romolo, il quale non avrebbe consentito ai padri di sopprimere i figli appena nati, ma esclusivamente di esporli in caso di deformità, peraltro constatata da almeno cinque testimoni. Cfr. Dionys., *Ant.*, 2.15.2: «*Τεταγμένην μὲν οὖν καὶ κεκοσμημένην πρὸς εἰρήνην τε ἀποχρώντως καὶ πρὸς τὰ πολέμια ἐπιτηδείως ἐκ τούτων τῶν πολιτευμάτων τὴν πόλιν ὁ Ῥωμύλος ἀπειργάσατο, μεγάλην δὲ καὶ πολυάνθρωπον ἐκ τῶνδε· πρῶτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκήτορας αὐτῆς ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύει δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετούς, πλὴν εἴ τι γένοιτο*

quanto a gravità, ma comunque non priva di drammaticità se letta alla luce della *ratio* che la ispirava, al *pater* competeva la facoltà di vendere il proprio figlio. La potenzialità drammatica connessa all'esercizio dello *ius vendendi* paterno ebbe modo di manifestarsi in occasione della grave crisi economica che colpì Roma nel quinto secolo a.C., tanto da indurre i decemviri a porre rimedio attraverso l'introduzione, nelle Dodici Tavole (*Leges Duodecim Tabularum*)¹¹⁸, di un limite massimo di vendite consentite, pari a due, eccedute le quali sarebbe conseguita per il *pater*, come sanzione per la sua condotta abusiva¹¹⁹, la perdita della *patria potestas*, con conseguente modifica dello *status* giuridico del *filius*, che da *alieni iuris* sarebbe divenuto *sui iuris*, ossia soggetto di diritto dotato di piena capacità giuridica¹²⁰.

παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. [...]», riportata anche in *FIRA, Leges Regiae, Romulus*, 1.4: «*Necessitatem imposuit Romulus civibus, omnem virilem prolem educare et filias primogenitas, necare vero nullum fetum triennio minorem, nisi natum mutilum aut monstrum statim post partum* [...]». Sull'argomento, si veda, da ultimo, lo studio di S. TAFARO, *Diritto alla vita e infanticidium*, in *Diritto e Storia*, 12 (2013), pubblicato in *dirittoestoria.it*, al quale rinviamo per ulteriore bibliografia. Per ulteriori osservazioni sulle origini dello *ius vitae ac necis* e l'effettiva esistenza della presente legge romulea si veda P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano: Giuffrè, 1990. Per approfondimenti e bibliografia, rinviamo ancora una volta a: C. FAYER, *La familia romana*. cit.; ID., *La vita familiare dei romani antichi. Dalla nascita al matrimonio*, cit., pp. 3 ss.

¹¹⁸ Tab. 4.1: «*Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*». In merito a tale disposizione delle Dodici Tavole, che sanzionava la triplice vendita del figlio con la perdita della *patria potestas*, cfr. anche Gai. 1.132; *Tit. ex corp. Ulp.* 10.1; Dionys., *Ant.*, 2.27.1-3. Per approfondimenti e bibliografia, rinviamo ancora una volta a: C. FAYER, *La familia romana* cit.; ID., *La vita familiare dei romani antichi. Dalla nascita al matrimonio*, cit., pp. 6 ss.

¹¹⁹ Per la qualificazione dell'utilizzo reiterato del diritto di vendita del figlio in termini di abuso del diritto si veda F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino: Giappichelli, 2013, in particolare parte 2, cap. 1, par. 2 («*L'abuso del diritto nella vendita dei figli*», pp. 53 ss.). Per ulteriori approfondimenti sul tema, oggi ampiamente dibattuto, dell'abuso del diritto calato nell'ordinamento giuridico di Roma antica, si vedano inoltre la voce di G. GROSSO, s.v. *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 161-163; la monografia di C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2002, la quale affronta il problema dell'abuso del diritto dal punto di vista processuale; nonché, da ultimo, l'interessante contributo di C. MASI DORIA, *Libertà e abuso nel diritto romano*, in *Index*, 44 (2016), pp. 549-562; A. CARAVAGLIOS, *Non omne quod licet honestum est*, in *Index*, 42 (2014), pp. 662-668; e, anche, D. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5 (2012).

¹²⁰ La capacità giuridica e lo *status* di soggetto di diritto a Roma coincidevano con la condizione di soggetto *sui iuris*, cioè di colui che non aveva sopra di sé un ascendente in grado di esercitare su di lui *potestas*. Profondamente diverso rispetto alla prospettiva moderna, in cui la piena capacità giuridica consegue all'evento della nascita (art. 1 c.c.), con l'ulteriore possibilità, peraltro, di riconoscere diritti e facoltà (per quanto *in nuce*, concretizzantisi solo a seguito del parto) anche in capo al concepito nascituro, al quale dunque l'ordinamento moderno riconosce già una forma di soggettività giuridica. Si segnala, per inciso, che la questione relativa allo *status* del concepito, ha sollevato interesse anche nella dottrina romanistica, che, partendo dal principio «*conceptus pro iam nato habetur*», si è da più parti ad essa dedicata. In particolare, del tema si occupò già E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato*

Infine, sempre dalla *patria potestas* discendeva, come ulteriore prerogativa in capo al *pater*, la possibilità di soddisfare la pretesa vantata dal terzo che avesse subito un danno da parte del figlio, attraverso la consegna cosiddetta «nossale» del reo, ossia del *filius*, che sarebbe stato utilizzato dal danneggiato come forza-lavoro fino a compensazione del danno subito. Tale facoltà, che le fonti qualificano come *ius noxae dandi*¹²¹ e che rappresentava l'alternativa rispetto al pagamento della somma richiesta dal danneggiato, poneva il *filius* sullo stesso piano del *servus*: entrambi, da questo punto di vista, erano accomunati dal fatto di essere soggetti *alieni iuris* (lo schiavo addirittura

habetur, in *BIDR*, 33 (1923), pp. 1-78; fra gli autori che più di recente si sono occupati dell'argomento, si segnalano gli studi Ernesto Bianchi, che al tema si è ampiamente dedicato: E. BIANCHI, *Astrazioni e finzioni in tema di personae. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 34 (2006), pp. 111-130; ID., *A proposito del concepito e delle locuzioni "in rerum natura esse" e "in humanis rebus non esse"*, in *Riv. dir. rom.*, 9 (2009); nonché la sua monografia dello stesso anno ID., *Per un'indagine sul principio "conceptus pro iam nato habetur". Fondamenti arcaici e classici*, Milano: Giuffrè, 2009; ID., *Ancora in tema di concepimento: minime osservazioni lessicali ed esegetiche. A proposito della "exceptio rei iudicatae": D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 ad ed.)*, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011); ID., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su Gai., inst. 2.203 e D. 30.24.pr. A proposito di "cosa futura" e di "concepturus"*, in *Riv. dir. rom.*, 12 (2012); ID., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1.pr.-1 (Ulp. 24 ad ed.)*. L'espressione "*portio mulieris ... vel viscerum*", in *Riv. dir. rom.*, 13 (2013). Senza pretesa di completezza, come ulteriori lavori sull'argomento si segnalano: G. IMPALLOMENI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura*, 22 (1971), pp. 99-120; P. CATALANO, *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 45-61; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *RHD*, 72/4 (1994), pp. 499-525; R. LOTUFO, *Investigação de paternidade e alimentos em favor do nascituro*, in *Index*, 25 (1997), pp. 201-252; P. FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse: l'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano: Giuffrè, 2008; M. P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano: dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, Torino: Giappichelli, 2006; M. P. BACCARI, *Curator ventris: il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino: Giappichelli, 2012; C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium: studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa: Plus-Pisa University Press, 2009; C. TERRENI, *Quae Graeci phaytasmata vocant: riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa: Pisa University Press, 2013; nonché, più di recente, A. PALMA, *Il nascituro come problema 'continuo' nella storia del diritto*, in *TSDP*, 7 (2014); G. COPPOLA BISAZZA, *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti "post mortem patris"*, in *TSDP*, 8 (2015); ID., *La capacità di succedere dei concepiti "post mortem patris": una questione antica*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino: Giappichelli, 2016, pp. 647-657.

¹²¹ Fest., *De verb. sign.*, s.v. *Noxia*: «*Noxia, ut Servius Sulpicius Rufus ait, damnum significat [...]*»; Inst. Iust. 4.8.1 (*De noxalibus actionibus*): «*Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus [...]*»; Gai. 4.75: «*Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse.*». Per approfondimenti e bibliografia, rinviando ancora una volta a: C. FAYER, *La familia romana* cit.; ID., *La vita familiare dei romani antichi. Dalla nascita al matrimonio*, cit., pp. 7 ss.

una *res*, per quanto preziosa¹²²), ossia privi di capacità giuridica, non potendo in capo agli stessi sorgere direttamente alcuna obbligazione, né contrattuale, né come nel caso di specie, da atto illecito¹²³.

Un vincolo di agnazione e, con esso, le relative prerogative non sorgevano invece tra il *pater* e i figli illegittimi, in quanto nati da *iniustae nuptiae*. Rispetto ad essi l'ordinamento riconosceva unicamente un legame di *cognatio*, ossia una parentela di sangue, del tutto analoga nei contenuti e negli effetti a quella che li legava alla madre. Tale linea parentale, tuttavia, era priva di rilevanza giuridica per il *ius civile*, il quale, riconosceva e tutelava unicamente i rapporti agnatizi. L'importanza della stessa fu riconosciuta, attraverso progressivi ampliamenti nel corso dei secoli, unicamente sul piano del *ius honorarium*, attraverso gli interventi con cui il pretore di volta in volta scelse di estendere parte delle tutele riconosciute ai parenti civili anche ad altri soggetti non rientranti nelle categorie contemplate dal *ius civile*, come avvenne, per restare nel campo ereditario, per l'istituto della *bonorum possessio*.

Poteva, tuttavia, accadere che tra i figli ed il *pater* non sorgesse neppure un vincolo di parentela cognatizio. Ciò in particolare era quanto avveniva per i *liberi naturales* che non fossero *filii*, in quanto non nati da genitori legati da *matrimonium*, né *iustum* né *iniustum*, per i quali l'ordinamento giuridico considerava il padre ignoto, riconoscendo formalmente una semplice parentela di sangue, *cognatio*, con la madre e i rispettivi parenti.

¹²² Com'è noto gli schiavi rientravano nella categoria delle *res Mancipi*, definite da Gaio le «*res pretiosiores*», ossia i beni di valore più elevato (cfr. Gai. 1.192).

¹²³ Schiavi e figli, pur essendo soggetti giuridicamente incapaci, erano però, al pari di ogni altra persona, in grado di porre in essere negozi giuridici. Anzi, l'attività negoziale dei sottoposti, e in particolare degli schiavi, assumeva un'importanza tutt'altro che marginale, tanto che alcuni autori, sulla scia di F. SERRAO, *Minima de Diogneto et Hesico: gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, 7, Napoli: Jovene, 1984, pp. 3605- 3618 ne hanno prospettato una rappresentazione in termini «manageriali». Cfr. A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a. C. - II sec. d. C.)*, Milano: Giuffrè, 1984; L. GAGLIARDI, *Lo schiavo manager*, in *L'antichità*, 2: Roma, U. ECO (a cura), Milano: Encyclomedia Publishers, 2012, pp. 297-299. A causa della loro incapacità giuridica (*alieni iuris*), tuttavia, in capo a *servi* e *filii* non potevano prodursi i relativi effetti, dal momento che l'unico centro di interessi era il *pater familias*, ossia il solo soggetto *sui iuris*. Nei confronti di quest'ultimo, però, il negozio posto in essere dal sottoposto (*filius vel servus*) avrebbe potuto produrre unicamente effetti accrescitivi e mai diminutivi del patrimonio. A riguardo, si veda quanto affermato da Gaio e riportato in D. 50.17.133 (Gai. 8 *ad ed. prov.*): «*Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*» (Cfr. *infra*: cap. 4, par. 3).

Ciò posto in linea generale, occorre tuttavia precisare che in verità tale distinzione tra *fili legitimi iniusti* e *liberi naturales* rimane puramente astratta fino all'epoca giustiniana. Sarà, infatti, soltanto Giustiniano ad equiparare la parentela di sangue (*cognatio*) a quella giuridica (*adgnatio*), rendendo così la prima, al pari della seconda, fonte di diritti e di doveri. Soltanto in questo momento, dunque, si realizzerà una piena parificazione tra *fili legitimi iniusti* e *legitimi iusti*, i quali, nel loro complesso, si differenzieranno per contrapposizione rispetto a quelli naturali, secondo una *summa divisio* che giungerà fino al nostro diritto, che soltanto recentemente ne ha determinato il definitivo superamento¹²⁴.

6.2. I rapporti tra coniugi: *matrimonium* e *manus* e la possibilità della *conventio in manum* in assenza di *iustae nuptiae*.

Per quanto concerne, poi, il piano dei reciproci effetti personali e patrimoniali incisive ricadute nei rapporti tra coniugi erano determinate, per la verità, non tanto dalla presenza di un *matrimonium*, ma dal diverso istituto della *manus*. Com'è noto, infatti, si tratta di due concetti fra loro diversificati e

¹²⁴ La *summa divisio* tra figli legittimi e naturali, infatti, è caduta definitivamente soltanto nel 2014, con l'entrata in vigore (in data 7 febbraio) il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (a sua volta attuativo della delega contenuta all'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219) è portata a compimento la più radicale modifica del diritto di famiglia successiva alla legge 19 maggio 1975, n. 151. Infatti, una prima importante tappa nel percorso che ha progressivamente portato all'unificazione del regime giuridico della filiazione, si registrò nel 1975, quando il legislatore, con la legge 151, con l'intento di rendere il diritto di famiglia più adeguato alle nuove realtà sociali, scelse di depurare il linguaggio giuridico da tutte quelle parole (come «patria potestà», «adulterino», «illegittimo»,) ritenute ormai non più in armonia con i nuovi tempi. Con obiettivo simile, a distanza di quasi quarant'anni, il legislatore del 2013 ha deciso di cancellare definitivamente ogni traccia di discriminazione tra i figli, rinnovando nuovamente il vocabolario ed eliminando, i termini «legittimo» e «naturale» riferiti alla filiazione. Al contempo, nell'eliminare ogni profilo di distinzione giuridica, non potendo impedire che in linea di fatto la nascita possa avvenire, alternativamente, in costanza di matrimonio o al di fuori di esso, le parole «legittimo» e «naturale» come riferite al figlio sono state sostituite, laddove tale aspetto assumesse un qualche rilievo, con le parole «nato nel matrimonio» o «nato fuori del matrimonio». Da segnalare, peraltro, che, un ulteriore profilo di novità sul piano terminologico è stato introdotto con riferimento alla definizione dei rapporti tra genitori e figli, un tempo qualificata in termini di «potestà genitoriale», dal 2013 sostituita dalla nuova dizione «responsabilità genitoriale». La scelta di addivenire a tale superamento è stata dettata dalla volontà di abbandonare un termine («potestà») che richiama inevitabilmente alla mente un'idea di subordinazione e di passiva soggezione della persona *in potestate* (figlio) rispetto all'avente potestà (genitore), sostituendolo con una diversa locuzione, «responsabilità», che evoca e mette in luce che ai soggetti responsabili fanno capo non soltanto facoltà ma anche obblighi nei confronti dei propri figli a loro sottoposti, rispetto ai quali dunque il rapporto si configura in termini del tutto paritari.

non sovrapponibili, se non nei termini in cui la *manus* poteva sussistere unicamente in presenza di un valido matrimonio. Non era dunque il matrimonio a determinare una modificazione dei rapporti tra *vir et uxor*, ma soltanto il compimento della *conventio in manum*, in una delle diverse forme all'uopo previste dall'ordinamento¹²⁵. Laddove compiuta, la *conventio in manum* determinava per la donna *sui iuris* la perdita del proprio patrimonio a favore del marito o, se questi era *alieni iuris*, del di lui *pater*. Al contrario, la donna *sine manu* manteneva il proprio *status* giuridico, di soggetto *alieni iuris* o *sui iuris*, conservando in quest'ultimo caso la titolarità dei propri beni¹²⁶, l'amministrazione dei quali poteva di fatto essere concessa al marito, pur rimanendo tuttavia giuridicamente in capo alla moglie.

Da quanto affermato emerge già un primo interrogativo utile ai nostri fini, inerente al rapporto di priorità tra *matrimonium* e *manus*: il quesito che si pone è, cioè, se la *conventio in manum* potesse essere effettuata soltanto in presenza di un matrimonio già instaurato, oppure se la stessa potesse avvenire anche in assenza di ciò, dunque se potesse cadere *in manu* anche una donna non *uxor*.

Tale interrogativo ha scarso rilievo e perde di significato in riferimento alla *confarreatio*¹²⁷, in quanto, trattandosi di un antico rito riservato alle

¹²⁵ La *manus maritalis* poteva, infatti, costituirsi attraverso tre diverse modalità: l'*usus*, la *coemptio* e la *confarreatio*, un'antica cerimonia riservata al ceto patrizio, che prevedeva la condivisione da parte dei nubendi di un pane di farro (*panis farreus*) in onore della divinità, Giove Farreo (*Iuppiter Farreus*). Le modalità di costituzione della *manus* ci sono riferite da Gaio: Gai., 1.110: «*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione.*», il quale nei successivi passi si sofferma nel dettaglio su ciascuno di questi tre istituti: cfr. *infra*.

¹²⁶ I beni non costituiti in dote (*res quae extra dotem sunt*) e che, quindi, rimangono di proprietà della moglie saranno detti nel diritto giustiniano 'parafernali' (termine che, etimologicamente, deriva dal greco παράφερνα, vocabolo con cui erano indicati i beni collocati «oltre la dote», appunto «παρὰ τὴν φερνήν»). Il termine è giunto fino al codice civile del 1942, nel testo dell'art. 212 c.c., abrogato soltanto dalla Legge 151/1975 – che ha contestualmente introdotto il divieto di costituzione di dote (art. 166-bis c.c.) – che ha profondamente modificato, ammodernandolo, il diritto di famiglia. Un riferimento ai beni parafernali (*parapherna*) è contenuto anche nei principali manuali istituzionali: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* cit., pp. 458-459; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 176; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 254; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano* cit., p. 172; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., p. 592; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 240; G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano: lezioni istituzionali* cit., p. 98; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 144; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., p. 695.

¹²⁷ Gai., 1.112: «*Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et*

famiglie aristocratiche e finalizzato al reclutamento della casta sacerdotale¹²⁸, esso non pare, in quanto tale, potersi coniugare con una realtà diversa da quella del *matrimonium*, anzi, del *matrimonium iustum*.

Analoghe conclusioni devono ricavarsi, seppur per motivi diversi, rispetto alla *coemptio*¹²⁹, la quale, essendo sorta quando l'*usus* era ormai caduto in desuetudine, al fine di consentire ai coniugi che avessero desiderato un *matrimonium cum manu* di addivenire a tale risultato, presupponeva però che fra uomo e donna sussistesse già un'unione coniugale¹³⁰.

Più complesso il discorso per l'*usus*¹³¹, relativamente al quale la dottrina è tradizionalmente divisa fra coloro che ritengono che esso rappresenti una forma di matrimonio¹³², il quale quindi non sorgerebbe fino al compimento dell'anno di *usus*, e quanti che invece lo considerano, più correttamente, un modo di acquisto della *manus*¹³³.

Da ciò discende l'ulteriore dibattito, rilevante ai nostri fini, relativo all'individuazione della natura del rapporto intercorrente tra uomo e donna durante l'anno il cui decorso era necessario ai fini del sorgere della *manus maritalis*. Sul punto, infatti, si registra una discordanza tra gli autori, in quanto

fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: Nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: Ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.»

¹²⁸ C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, p. 314, alla quale si rinvia per approfondimenti ed ulteriore bibliografia.

¹²⁹ Gai, 1.113: «*Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quamdam imaginariam venditionem: Nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit.*»

¹³⁰ C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, p. 315.

¹³¹ Gai., 1.111: «*Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumpere. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*»

¹³² Il promotore di questa ricostruzione è H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles perspectives sur le mariage romain*, in *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris: Sirey, 1947, pp. 63-79, il quale accorda all'*usus* un ruolo centrale, lo eleva a forma ordinaria e pressoché esclusiva del *matrimonium iustum* accompagnato da *manus*, incontrando consensi anche nella dottrina successiva, tra cui R. VILLERS, *A propos de la disparition de l'«usus»*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 28/4 (1950), pp. 538-547.

¹³³ P. GIUNTI, *Consors vitae* cit., pp. 218 ss., in particolare 223, la quale, di concerto con E. CANTARELLA, *L'«usus» e la «conventio in manum»* (Rec. di I. Piro, «*Usu» in manum convenire*), in *Labeo*, 41 (1995), pp. 434-450, in particolare, p. 446 si domanda «perché mai dovrebbe esservi *matrimonium* solo a seguito della *conventio*».

a coloro che tradizionalmente attribuiscono al termine «*nupta*» del passo gaiano il significato di donna sposata e dunque ritengono che il termine annuale decorra proprio dall'avvenuta instaurazione fra i coniugi di un rapporto matrimoniale¹³⁴, altri invece ritengono che quello stesso «*nupta*» non debba necessariamente intendersi come riferito ad una donna sposata, potendo diversamente essere interpretato come un'unione di concubinato, destinato a trasformarsi, decorso l'anno di *usus*, in un rapporto matrimoniale¹³⁵. Secondo una diversa interpretazione, si sarebbe trattato non tanto di un concubinato, quanto piuttosto di un *matrimonium iniustum*, ossia un matrimonio valido per lo *ius gentium* ma non per lo *ius civile*, destinato a trasformarsi in unione *iusta* soltanto una volta decorso l'anno di *usus*¹³⁶. Con l'ulteriore conseguenza, per questi autori, che i figli nati durante la pendenza del termine annuale avrebbero seguito lo *status* giuridico della madre, e non quello paterno come sarebbe avvenuto se i genitori fossero già stati uniti in matrimonio.

6.3. Rapporti patrimoniali tra coniugi: il divieto di donazioni tra coniugi.

Oltre alle conseguenze discendenti dalla costituzione o meno della *manus* in capo al marito, un ulteriore effetto, sempre di tipo patrimoniale, che, a partire dall'età classica, coinvolge i coniugi¹³⁷ era il divieto di effettuarsi

¹³⁴ E. VOLTERRA, *Ancora sulla manus e sul matrimonium*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli: Jovene, 1948, pp. 676-688 (in particolare p. 682), il quale fonda la propria teoria per cui *usus* e *manus* sarebbero istituiti tra loro indipendenti proprio sul fatto che la *manus* si acquista dopo un anno dalla formazione del matrimonio: «Se la *manus* si acquista sulla donna quae anno continuo nupta perseverabat, cioè dopo un anno che si è formato il matrimonio, ciò vuol dire che quest'ultimo istituto poteva sorgere ed esistere indipendentemente dalla *manus*.»; I. PIRO, «*Usus*» in *manum convenire*, Napoli: ESI, 1994, p. 158; C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, pp. 318 ss.

¹³⁵ Per la relativa bibliografia cfr. C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, p. 319 nt. 458, la quale spiega che questi autori utilizzano l'espressione «*concubinato matrimoni causa*» per significare che la donna, non ancora sposata, sarebbe divenuta moglie allo scadere del termine annuale previsto per il compimento dell'*usus*.

¹³⁶ Si veda, ancora, C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, pp. 319 ss., la quale riporta, inoltre, come ulteriori articolazioni di questa tesi, quella che qualifica tale rapporto come un'unione irregolare o una sorta di convivenza illegale, destinata a trasformarsi in matrimonio allo scadere dell'anno, e quella che, invece, ritiene che si tratti di una convivenza del tutto irrilevante sotto il profilo giuridico.

¹³⁷ Differenti rispetto alle donazioni tra coniugi, che presuppongono un matrimonio già esistente, sono le donazioni nuziali, ossia quelle effettuate in vista del matrimonio. Trattasi di

donazioni reciproche¹³⁸. L'esistenza di tale particolare prescrizione è attestata chiaramente dal seguente brano di Ulpiano, la cui lettura con riferimento alla questione appare senza dubbio imprescindibile.

D. 24.1.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*)

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. [...]

Tale peculiare disposizione è stata oggetto di profonda attenzione da parte della dottrina¹³⁹, che si è concentrata principalmente su due aspetti, per la

un istituto ignoto alla giurisprudenza classica e sulla cui origine la dottrina dibatte, riportando taluni ad usanze orientali, altri ad istituti semitici e germanici, altri ancora considerandola uno sviluppo della donazione tra fidanzati e riportato invece nelle fonti giustinianee con l'espressione «*donatio ante nuptias*» e nel diritto giustiniano con quella di «*donatio propter nuptias*». Il significato della donazione nuziale si coglie in contrapposizione al diverso istituto della dote, in quanto, mentre quest'ultima era l'apporto muliebre alla vita matrimoniale (non a caso nelle fonti latine la dote è indicata come il termine «*res uxoria*»), l'altra era l'apporto maritale. Il termine donazione nuziale, infatti, indicava una donazione soltanto maschile, posta in essere dallo *sponsus* o dal *pater familias* di questi, o da altri per lui, nell'immediatezza del matrimonio e subordinata alla sua conclusione, con lo scopo di sostentamento della futura famiglia, nonché di mantenimento, in caso di premorienza, del coniuge superstite e degli eventuali figli. Per un approfondimento dell'istituto della donazione nuziale e per un'analisi delle varie teorie in merito alla sua origine si veda C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, pp. 738 ss.

¹³⁸ È appena il caso di ricordare che il divieto di donazioni tra coniugi, che agli occhi di un giovane lettore può apparire tanto vetusto quanto incomprensibile, ha fatto parte del nostro panorama giuridico fino a non troppi decenni fa. Infatti, la sua definitiva abolizione è stata sancita dalla Corte Costituzionale soltanto nel 1973, con una sentenza (la n. 91 del 27 giugno 1973) che, peraltro, vedeva come relatore un celebre studioso di diritto romano, il professor Edoardo Volterra, il quale, proprio grazie alla profonda conoscenza del diritto romano e dei suoi istituti, comprese che quel divieto, che costituiva un residuo del diritto romano, non aveva più ragon d'essere nel mutato contesto costituzionale, ponendosi anzi in aperto contrasto con l'art. 3 Cost., che sancisce l'uguaglianza di tutti i cittadini «davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» e, inoltre, con l'art. 29 Cost., che lo completa, affermando «l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi».

¹³⁹ F. J. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *BIDR*, 103-104 (2000-2001), pp. 317-396; L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova: CEDAM, 1938; con recensione di A. R. BELLINGER, *Rec. Le donazioni fra coniugi in diritto romano (L. Aru)*, in *The Classical Weekly*, 33/1 (2 Ottobre 1939); S. CUGIA, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24. 1 de don. inter virum et uxorem (Saggio preventivo)*, Napoli: L. Alvano, 1922; F. M. DE ROBERTIS, *La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla*, Bari: Tip. Cressati, 1937; Á. D'ORS, «*Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita*»: una exégesis de D 24, 1, 11, 7-8 (Ulp. 32 *ad Sab.*), in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 2, Milano: Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, 1972, pp. 471-483; C. FADDA, *La nullità delle donazioni fra coniugi*, Città di Castello: Lapi, 1893; G. FERRETTI, *Donazioni tra coniugi, ordine pubblico mens legis e transazione*, Milano: Giuffrè, 1952; V. GIUFFRÈ, *Vicende del divieto di «donatio inter virum et uxorem»*, in *Atti Accad. Napoli*, 83 (1972), pp. 3-25; A. MASI, *Retroattività della condizione e «donatio mortis causa» fra coniugi*, in *ASD*, 7 (1963), pp. 19-42; U. VINCENTI, *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione tra coniugi*, in *Index*, 25 (1997), pp. 451-470. Per quanto concerne,

verità tra loro connessi o, almeno in certa parte, interdipendenti: da un lato la *ratio* dell'istituto, dall'altro la datazione del medesimo.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre rilevare come in dottrina le posizioni non siano univoche: anzi, può dirsi che sul punto si registrano due orientamenti tra loro diametralmente contrapposti. Infatti, gli autori si dividono tra coloro che, da un lato, ritengono che il divieto di donazioni tra coniugi sia stato introdotto dalla legislazione augustea in materia matrimoniale e coloro che, dall'altro, opinano invece che il divieto sia ben più risalente nel tempo, avendo origine consuetudinaria, negli antichi *mores*, e che la legislazione augustea ne abbia soltanto recepito il contenuto, formalizzandolo e rendendolo solenne ed ufficiale.

Quanto alla *ratio*, diverse sono state le motivazioni addotte a fondamento e a giustificazione del divieto in esame. A tale riguardo, molteplici sono le fonti¹⁴⁰ – peraltro non soltanto giuridiche – che ritengono che la prescrizione sia stata introdotta per scongiurare il rischio che i coniugi possano essere portati, a cagione dell'eccessivo affetto reciproco, ad abbandonarsi a donazioni

invece, le donazioni tra fidanzati merita segnalare la monografia di P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2000, recensita da R. ASTOLFI, *Rec. Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano (P. Ferretti)*, in *Iura*, 51 (2000), pp. 181-195; e, inoltre, gli articoli di A. SEPE, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, in *Index*, 36 (2008), pp. 159-176 e di H. KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Iura*, 29 (1978), pp. 114-137. Per un'analisi del tema delle donazioni tra coniugi nell'ambito di studi più generali in merito alla donazione, si vedano poi, fra i molti: G. G. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1950; G. G. ARCHI, *L'evoluzione della donazione in epoca postclassica*, in *RIDA*, 5 (1958), pp. 391-426; G. G. ARCHI, *La donazione: corso di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1960, con recensione di F. PRINGSHEIM, *Rec. La donazione: corso di diritto romano (G. G. Archi)*, in *ZRG*, 78 (1961), pp. 474-484; G. G. ARCHI, *Donazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 13, Milano: Giuffrè, 1964, pp. 930-955; S. BROISE, *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, 1: *Parte generale*, Pisa: Pacini, 1975; S. BROISE, *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, 2: *Parte speciale*, Pisa: Pacini, 1975; F. M. DE ROBERTIS, *Sul concetto di donazione nel diritto romano*, Bari: A. Cressati, 1939; P. GIUNTI, *Donazione (storia del diritto romano)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 7, Torino: UTET, 1991, pp. 161-176 (specialmente il § 4: *Il divieto delle donazioni fra coniugi*); P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura*, 38 (1987), pp. 72-148.

¹⁴⁰ Cfr. anche: D. 24.1.3.10 (Ulp. 32 *ad Sab.*): «*Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.*»; D. 24.1.31.7 (Pomp. 14 *ad Sab.*): «*Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret.*»

sconsiderate. Questa in particolare è la *ratio* individuata dallo stesso Ulpiano nel proseguo del passo sopra citato.

D. 24.1.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*)

[...] *Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.*

Fra le fonti letterarie, un indizio relativamente alla *ratio* del divieto di donazioni tra coniugi è contenuto nell'*Aulularia*¹⁴¹, celebre commedia plautina in cui l'autore pronuncia una severa invettiva contro i mariti, i quali, pur di appagare il desiderio di lusso delle proprie mogli, sono pronti ad indebitarsi, compromettendo così seriamente il proprio patrimonio, oltre che la propria reputazione sociale.

Che il divieto in parola fosse fondato sull'esigenza di evitare un eccessivo depauperamento appare, peraltro, confermato dalla circostanza che dallo stesso risultavano esonerate quelle donazioni che fossero state tali da non mettere a repentaglio la condizione economica e patrimoniale del donante. Infatti, le fonti ci riferiscono che il divieto non si applicava con riferimento ai regali d'uso, purché moderati¹⁴², ossia quelle che noi oggi definiremmo le «donazioni di modico valore»¹⁴³: in sostanza, dunque, possiamo concludere che il divieto si applicava e valeva unicamente¹⁴⁴ se all'impoverimento del

¹⁴¹ Plaut. *Aulul.* 3.8.55 ss.

¹⁴² D. 24.1.31.8 (Pomp. 14 *ad Sab.*): «*Si vir uxori munus immodicum calendis martiis aut natali die dedisset, donatio est: sed si impensas, quas faceret mulier, quo honestius se tueretur, contra est.*»

¹⁴³ Anche oggi, infatti, le donazioni di modico valore, sono esonerate dal rispetto dei rigidi requisiti di forma (atto pubblico) richiesti, a pena di nullità, per la validità delle donazioni ordinarie. Cfr. art. 783 c.c. (*Donazioni di modico valore*): «La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione. La modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante.»

¹⁴⁴ Ulteriori eccezioni erano, poi, previste allorché la donazione fosse stata effettuata per scopi peculiari e che l'ordinamento reputava particolarmente rilevanti e degni di nota, quali ad esempio la liberazione di uno o più schiavi mediante *manumissio*, oppure il conseguimento di una dignità pubblica. Parimenti escluse dal divieto erano, inoltre, le donazioni destinate a valere per il caso di scioglimento di matrimonio a causa di divorzio o a causa di morte. Cfr. *Tit. ex corp. Ulp.* 7.1: «*Inter virum et uxorem donatio non valet, nisi certis ex causis, id est mortis causa, servi manumittendi gratia. Hoc amplius principalibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab imperatore lato clavo vel equo publico similive honore honoretur.*»

donante cagionato dalla donazione fosse conseguito un apprezzabile arricchimento («*locupletatio*») del donatario¹⁴⁵.

Il divieto in esame coinvolgeva, abbiamo detto, soltanto l'uomo e la donna uniti da *matrimonium* e non valeva, dunque, per le coppie non suggellate da *nuptiae*: né dunque per il *matrimonium iniustum*, né tanto meno per il concubinato¹⁴⁶. Ciò risulta attestato dalle fonti, le quali affermano che laddove fosse intervenuto un qualche impedimento, tale da porre nel nulla il matrimonio, la donazione sarebbe stata valida.

D. 24.1.3.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*)

Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. [...]

Né, secondo la dottrina, varrebbe a smentire tale principio un rescritto di Antonino Caracalla, riportato nel *Codex giustiniano*, che pareva stabilire una formale eccezione per la concubina (*focaria*) di un soldato. In particolare, la costituzione, che apparentemente estende il divieto di donazioni anche con riferimento alla concubina, contraddicendo quanto finora sostenuto, in realtà ne offre ulteriore conferma. Infatti, l'imperatore spiega il motivo della decisione, affermando che, sebbene, non essendovi matrimonio, la donazione sia valida («*licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit*»), tuttavia non vuole permettere che i propri soldati siano spogliati delle loro concubine attraverso

¹⁴⁵ D. 24.1.5.8 (Ulp. 32 *ad Sab.*): «*Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiores: porro hic non videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit. Nec movit quemquam, quod emeret, nisi a marito accepisset: nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit.*»

¹⁴⁶ Come recentemente rilevato anche nell'ambito di studi non strettamente romanistici: cfr. P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, p. 7, il quale sottolinea che «la posizione [...] della concubina è molto diversa da quella della moglie», non solo dal punto di vista sociale, ma anche dal punto di vista patrimoniale: essa, infatti «non è tenuta a dare una dote, né si applicano le disposizioni che regolano i rapporti patrimoniali tra coniugi. Può ricevere donazioni, ma non può nutrire aspettative ereditarie *ab intestato*.»

false lusinghe («*tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adultationibus spoliari nolo*»). Quindi, in base a quanto dichiarato nel rescritto, in questo caso la ragione della nullità della donazione dipenderebbe non tanto dallo *status* della donataria, quanto piuttosto dalla modalità poco trasparente con cui l'atto è stato posto in essere¹⁴⁷.

C. 5.16.2: Imperator Antoninus

*Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emptionis esse conscriptum, eam tibi restitui iubebit. nam licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adultationibus spoliari nolo. * Ant. a. Marco mil. * <a 213 pp. XII k. mart. Antonino a. IIII et Balbino cons.>*

Alla luce dei passi esaminati, appare evidente come, rispetto allo *ius donandi*, la differenza di trattamento si risolvesse in verità a favore delle unioni diverse dal *matrimonium*, le quali, essendo esonerate dal divieto in parola, di fatto si trovavano a godere di una libertà maggiore nella gestione dei reciproci rapporti rispetto a quella spettante alle coppie sposate. E, infatti, tale disparità di trattamento non era sfuggita agli occhi attenti dei giuristi romani, come dimostrano le parole di Ulpiano, il quale nel proseguo del passo appena citato manifesta opinione favorevole all'estensione di tale divieto anche alle unioni non matrimoniali, proprio perché non sarebbe giusto («*fas non est*») creare una situazione di indebito vantaggio («*ne melior si condicio*») a favore di quelle unioni che si collocano al di fuori della legge («*eorum qui delinquerunt*»). Lo

¹⁴⁷ In merito a tale rescritto di Antonino Caracalla, già F. C. SAVIGNY, *Il diritto romano*, (prima versione italiana), 1, Napoli, 1847, p. 61 osservava che «forse nella specie di cui parla questo testo la nullità della donazione dipendeva piuttosto da una mancanza di forme che dalla qualità della donataria». Nello stesso ordine di idee, di recente, si sono espressi: F. LAMBERTI, *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato*, in G. VIARENGO, (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell'incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Torino: Giappichelli, 2017, pp. 1-26, in particolare, p. 18: «Caracalla reiterava il divieto, consuetudinario, di donazioni tra coniugi, già 'ribadito' all'interno della legislazione matrimoniale augustea»; e, inoltre, F. ROMEO, (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, San Mauro Torinese: UTET giuridica, 2014: «per disposizione dell'imperatore Caracalla sarà considerata nulla la donazione fatta dal soldato alla sua concubina (*focaria*), ad imitazione della nullità delle donazioni tra coniugi, ferma restando comunque la validità delle donazioni fatte alla concubina».

stesso, però, rileva come l'imperatore Severo avesse ribadito il principio opposto, considerando valida la donazione effettuata dal senatore Ponzio Paulino alla propria liberta, poiché la loro relazione non era contraddistinta da un sentimento di *affectio maritalis*, dovendosi piuttosto qualificare come un concubinato.

D. 24.1.3.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*)

[...] *Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*

Riteniamo verosimile che proprio questa disparità di trattamento, per una volta risolvendosi a favore e non in danno delle unioni *iniustae*, sia stata all'origine dei tentativi, attestati dalle fonti, di eludere e di aggirare la proibizione. A cagione di tali tentativi, possiamo rilevare, allora, come alla longevità che dal punto di vista formale ha connotato il divieto – che, nonostante alcuni temperamenti¹⁴⁸, mantiene vigore fino all'epoca giustiniana – non può dirsi essere corrisposta una eguale longevità sul piano sostanziale e della effettività, ossia del rispetto del medesimo. Infatti, tralasciando le ipotesi di donazioni che oggi definiremmo «di modico valore», ossia aventi ad oggetto beni di uso comune e comunque non tali da determinare un'alterazione rilevante del patrimonio dei coniugi, le quali come abbiamo detto erano pacificamente ammesse, le testimonianze in nostro possesso ci dimostrano che, anche con riferimento ad ipotesi di maggiore rilievo, qualcuno avesse trovato il modo di salvarne la validità. Ciò, almeno stando al resoconto delle fonti, è quanto avvenne almeno in un episodio di vita coniugale, divenuto celeberrimo anche per la notorietà del marito coinvolto. Ci riferiamo, in particolare, al matrimonio fra Mecenate e la moglie Terenzia, che «in continuazione si dividevano e si riconciliavano»¹⁴⁹, rendendo così dubbia la validità delle

¹⁴⁸ Fra questi, ci limitiamo a citare un senatoconsulto del 206 d.C., con cui si ammise la convalida delle donazioni tra coniugi quando il donante fosse morto senza revocarle. Cfr. D. 24.1.32.2 (Ulp. 33 *ad Sab.*): «*Ait oratio "Fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse".*»

¹⁴⁹ C. FAYER, *La familia romana* cit., 2, p. 124.

donazioni tra loro effettuate durante il periodo di «pausa». Questa particolare vicenda – già oggetto di attenzione da parte della dottrina¹⁵⁰ – ci è riportata in dettaglio dalle fonti, sia giuridiche¹⁵¹ che letterarie¹⁵².

Ci preme, peraltro, segnalare, pur nell'impossibilità di trattare compiutamente in questa sede la tematica, necessitando questa, per essere affrontata con ponderata consapevolezza, i dovuti approfondimenti – che l'episodio citato potrebbe essere letto ed analizzato anche alla luce di un altro fondamentale principio giuridico, oggi particolarmente in auge, quale quello dell'abuso del diritto¹⁵³. La storia di Mecenate e Terenzia, infatti, si caratterizzerebbe proprio per il fatto che una facoltà che l'ordinamento romano ha sempre concesso – salva una fugace e fallimentare parentesi giustiniana¹⁵⁴ – ossia la facoltà di divorzio libero, come libertà di sciogliere consensualmente il matrimonio allorquando vengano a mancare i due elementi costitutivi dello stesso, rappresentati dal lato oggettivo dalla convivenza stabile tra i coniugi e

¹⁵⁰ La vicenda di Mecenate e Terenzia è stata studiata e analizzata, in particolare, da Antonio Guarino: A. GUARINO, *Mecenate e Terenzia*, in *Labeo*, 38/2 (1992), pp. 137-146; A. GUARINO, *Trebazio e il caso di Terenzia*, in *Pagine di diritto romano*, 5, Napoli: Jovene, 1994, pp. 98-108.

¹⁵¹ D. 24.1.64 (Iav. 6 *ex post. Lab.*): «*Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. Sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram.*»

¹⁵² Sen., *De prov.*, 1.3.10-11: «*10. Feliciorum ergo tu Maecenatem putas, cui amoribus anxio et morosae uxoris cotidiana repudia deflenti somnus per symphoniarum cantum ex longinquo lene resonantium quaeritur? Mero se licet sopiat et aquarum fragoribus avocet et mille voluptatibus mentem anxiam fallat, tam vigilabit in pluma quam ille in cruce; sed illi solacium est pro honesto dura tolerare et ad causam a patientia respicit, hunc voluptatibus marcidum et felicitate nimia laborantem magis iis quae patitur vexat causa patiendi. 11. Non usque eo in possessionem generis humani vitia venerunt ut dubium sit an electione fati data plures nasci Reguli quam Maecenates velint; aut si quis fuerit qui audeat dicere Maecenatem se quam Regulum nasci maluisse, idem iste, taceat licet, nasci se Terentiam maluit.*»

¹⁵³ Ci riserviamo di approfondire in un prossimo lavoro la vicenda di Mecenate e Terenzia in relazione al divieto di donazione tra coniugi, nonché il suo potenziale valore «abusivo» del diritto.

¹⁵⁴ Nell'ultimo diritto giustiniano viene meno la libertà, fino ad allora mai negata, del divorzio consensuale: con la Nov. 117.10 l'imperatore estese, infatti, anche al divorzio *ex communi consensu*, ossia bilaterale, le stesse sanzioni previste per quello unilaterale immotivato. Fu così introdotta per la prima volta una norma estranea alla cultura romana: norma che, infatti, non fu accolta con favore dalla società dell'epoca. Per questo motivo, poco dopo la morte di Giustiniano (avvenuta nel 565 d.C.), il suo successore Giustino II (imperatore dal 565 al 578 d.C.) scelse di ripristinare la previgente disciplina (Nov. 140.1.1 del 566) e, così, il divorzio consensuale tornò ad essere totalmente libero.

sul piano soggettivo dall' *affectio maritalis*, viene in questo caso utilizzato non per la finalità per la quale l'ordinamento lo ha concepito e riconosciuto, ma per realizzare un fine ulteriore, non previsto. E, allorquando come in questo caso l'obiettivo non solo non è previsto ma anzi è contrario all'ordinamento, in quanto volto a perseguire un risultato che quello stesso ordinamento non tutela o addirittura, come in questo caso, vieta, significa che la facoltà è stata utilizzata in maniera abusiva, disconoscendo scientemente le finalità cui la stessa era preordinata e travalicando i limiti di liceità del suo esercizio.

Per tornare, invece, agli aspetti che qui maggiormente preme mettere in luce, possiamo concludere rilevando che, d'altra parte, Labeone¹⁵⁵, interrogandosi sulla validità delle donazioni effettuate nel lasso di tempo intercorrente tra un matrimonio e l'altro e, così, avvallando il responso trebaziano per cui la donazione sarebbe stata valida solo in presenza di un divorzio vero e non meramente simulato, ci testimonia che, a cose normali, e cioè nell'ipotesi in cui la separazione fosse effettiva e non fittizia, il divieto non avrebbe avuto ragion d'essere, a conferma del fatto che le donazioni tra persone non sposate erano considerate del tutto valide. Anche in questo caso, dunque, siamo di fronte ad un principio sancito in via esclusiva per le persone legate in *matrimonium*, la cui efficacia – analogamente a quanto abbiamo visto per la disciplina relativa alla filiazione – non pare estendibile ad unioni da esso distinte.

7. Effetti penali delle unioni extraconiugali: estendibilità dell'*accusatio adulterii* alla *uxor iniusta* e alla concubina.

7.1. Il dovere di fedeltà coniugale e il reato di adulterio: la *lex Iulia de adulteriis* e il regime repressivo augusteo.

Se dal punto di vista civilistico non sembra, dunque, che il diritto romano riconoscesse effetti giuridici alle unioni diverse da quella qualificabile quale

¹⁵⁵ D. 24.1.64 (Iav. *ex post. Lab.*): cfr. *supra*.

matrimonium iustum, pur trattandosi anche in quest'ultimo caso, come abbiamo già chiarito, di *res facti*, diversa pare dover essere la conclusione se si sposta l'attenzione verso un diverso ambito dell'ordinamento giuridico, rappresentato dal diritto penale.

Per far questo occorre, dunque, abbandonare le vesti del civilista-privatista e calarci nell'universo del diritto pubblico, al quale il diritto penale afferisce. Quest'ultima affermazione, per la verità, per il diritto romano è soltanto in parte veridica e abbisogna di un'ulteriore specificazione. Infatti, nel diritto romano gli illeciti costituenti reato non necessariamente ricevevano una risposta sanzionatoria di tipo pubblicistico, potendo la repressione essere attuata anche attraverso un diverso modello, di stampo privatistico, in cui la sanzione non promanava direttamente dallo Stato, ma era appannaggio delle persone offese dalla medesima condotta illecita.

Quest'ultima precisazione risulta oltremodo necessaria nel nostro caso, in quanto la fattispecie penalistica che viene in rilievo in questo studio riguarda un reato che, nel corso dei secoli della storia di Roma, ha avuto natura per così dire «bicefala», vivendo a cavallo fra queste due diverse alternative: modello di repressione privata e modello di repressione pubblica. Stiamo parlando del reato di adulterio¹⁵⁶.

Non essendo in questa sede possibile addentrarci nel dettaglio della complessa disciplina che il diritto romano disegnò per questo reato¹⁵⁷, ci

¹⁵⁶ Nell'ambito dell'amplessissima letteratura in tema di adulterio ci limitiamo a richiamare, oltre alle definizioni enciclopediche, alcuni ulteriori essenziali riferimenti: G. BRANCA, *s.v. Adulterio. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 620-622; L. CHIAZZESE, *s.v. Adulterio. Diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, 1/1, Torino: UTET, 1957, pp. 322-323; G. HUMBERT, *s.v. Adulterium*, in CH. DAREMBERG – E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 1, Paris, 1875, pp. 85-87; G. LONGO, *s.v. Lex Iulia de adulteriis coercendis*, in *Noviss. Dig. It.*, 9, Torino: UTET, 1968, p. 810; G. D. PISAPIA, *s.v. Adulterio. Diritto penale*, in *Noviss. Dig. It.*, 1/1, Torino: UTET, 1957, pp. 323-333; C. CORSANEGO, *La repressione romana dell'adulterio*, Roma: Pontificii Istituti Utriusque Iuris, 1936; V. BANDINI, *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, E. ALBERTARIO (a cura e con prefazione di), Milano: Giuffrè, 1934, pp. 499-507; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce: Edizioni Del Grifo, 1997. In tema di adulterio, si veda inoltre: E. CANTARELLA – P. RICCA, *Non commettere adulterio*, Bologna: Il Mulino, 2010. Per quanto concerne, invece, il regime dell'adulterio nell'epoca precedente all'entrata in vigore della *lex Iulia de adulteriis* e, in particolare, in età monarchica, si veda: P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie: un reato fra storia e propaganda*, Milano: Giuffrè, 1990.

¹⁵⁷ Della disciplina del *crimen adulterii* e del complesso, ma estremamente affascinante, universo dei crimini contro la sessualità abbiamo avuto la fortuna di occuparci in altra sede: l'affetto per questa materia è particolarmente sentito, poiché si tratta del tema oggetto della tesi di laurea, dedicata appunto alla repressione dell'adulterio in Roma antica. Ci permettiamo in

limiteremo in questa sede a darne un breve cenno per i fini che ci interessano, ossia per l'esperibilità dell'accusa di adulterio anche nei riguardi delle donne diverse dalla *uxor iusta*.

A tal fine, occorre anzitutto ricordare che l'*accusatio adulterii* era l'atto con cui prendeva avvio il processo volto ad accertare la responsabilità penale in capo alla presunta adultera e al di lei correo¹⁵⁸. Tale processo si svolgeva di fronte ad un apposito tribunale, la *quaestio de adulteriis*¹⁵⁹, avente competenza specifica in materia di crimini sessuali. Tale organo fu istituito da Ottaviano Augusto attraverso uno dei suoi più famosi provvedimenti normativi in materia

questa sede di citare questo nostro primo lavoro non per vizzo narcisistico o per un biasimevole protagonismo, ma semplicemente perché questo, oltre ad aver rappresentato la gratificante conclusione del percorso universitario, ha costituito (cosa a quel tempo – luglio 2013 – del tutto inaspettata, ma poi rivelatasi ancor più importante) l'inizio di un meraviglioso percorso che in questi anni mi ha consentito (sotto la guida preziosa della mia eccezionale Maestra, nei confronti della quale mai smetterò di nutrire una gratitudine sconfinata, oltre che un affetto che oramai può senza retorica dirsi filiale) di avvicinarmi ancor più allo studio di questa affascinante ed inesauribile materia, fucina feconda di spunti e stimoli per lo studioso di qualunque generazione e di qualsiasi branca del diritto. Anche – o forse dovrei dire soprattutto – per questo irrefrenabile affetto e, probabilmente, per assecondare il sorriso che affiora ogni volta che ripenso al lavoro di tesi, mi è stato impossibile non farne cenno in questa ricerca, che anzi possiamo dire è in certo modo tributaria del precedente studio, avendo trovato in esso la propria fonte madre. È, infatti, proprio attraverso l'analisi del regime repressivo dell'adulterio che ho avuto modo di entrare in contatto con gli autori di dottrina che si sono interrogati sulla possibilità o meno di estendere la disciplina dettata dalla *lex Iulia* anche a donne diverse dalla *uxor iniusta*, rendendo così evidente ai miei occhi l'esistenza in Roma antica di una pluralità di relazioni di coppia, di cui, talvolta cumulativamente talvolta alternativamente, il diritto romano ammetteva la convivenza. È stato così che è nato in me il desiderio di approfondire quello che in sede di tesi è stato solo un piccolo cenno, proseguendo lo studio delle relazioni extra o para coniugali, per cercare di capire quale posizione e quale ruolo queste rivestissero all'interno dell'ordinamento romano.

¹⁵⁸ Il *crimen adulterii* era imputabile, infatti, sia nei confronti della donna che del suo amante. Per la precisione, l'adulterio era un reato di esclusivo appannaggio femminile: oggi diremmo era un «reato proprio esclusivo», in quanto soggetto attivo doveva necessariamente essere, pena l'irrelevanza della condotta dal punto di vista penale, la donna sposata (*uxor*). Non costituiva invece adulterio la relazione extraconiugale dell'uomo, il quale, come vedremo, poteva avere, pur essendo sposato, una concubina o intrattenere rapporti con meretrici o prostitute senza andare incontro ad alcuna conseguenza giuridica. L'unico caso in cui l'uomo avrebbe risposto penalmente per il reato di adulterio era l'eventualità in cui avesse intrapreso una relazione amorosa con una donna a sua volta sposata. In questo caso, tuttavia, la necessità di estendere anche a suo carico la responsabilità era dettata dall'esigenza di salvaguardare l'istituto matrimoniale e ciò a cui esso mirava: la filiazione legittima. L'uomo dunque era chiamato a rispondere non tanto nei confronti della propria moglie, ma piuttosto nei confronti del marito della propria amante e, in ultima analisi, dello stesso Stato. La responsabilità maschile, infatti, si giustificava non in virtù della lesione della fede coniugale, ma piuttosto per l'affronto arrecato ad un altro *civis romanus*, da un lato, e alla *civitas* nel suo complesso, dall'altro.

¹⁵⁹ La *quaestio de adulteriis* è soltanto uno dei molteplici tribunali che negli anni furono introdotti per la repressione dei diversi *crimina*. Questi sono ricordati complessivamente col nome di *quaestiones perpetuae*, in quanto si trattava di organi istituiti in via permanente per perseguire mediante processo tutti i reati della medesima specie, e non occasionalmente per la repressione di singoli episodi criminosi.

familiare, la *lex Iulia de adulteriis coercendiis*, del 17-18 a.C.¹⁶⁰, con la quale il *princeps* conferì un volto nuovo al reato di adulterio, mutandone la natura giuridica. L'adulterio, infatti, fino a quel momento considerato un *delictum*, ossia un illecito privato, la cui repressione era abbandonata a meccanismi di vendetta familiare, a seguito della citata *lex Iulia* divenne un *crimen*, un illecito pubblico, transitando così nella sfera di repressione statale e ricevendo una sanzione in esito ad un regolare processo, alla stregua degli altri *crimina*¹⁶¹.

È nell'ambito di questa nuova disciplina congegnata da Augusto – peraltro limitata alla fattispecie non flagrante di adulterio, avendo il *princeps* scelto di mantenere per l'adulterio flagrante un regime repressivo di stampo privatistico, modellato, pur con fondamentali accorgimenti, su quello di stampo monarchico-repubblicano¹⁶² – che si colloca l'*accusatio adulterii*¹⁶³, ossia il

¹⁶⁰ Circa la datazione della *lex Iulia de adulteriis coercendis* si registrano, infatti, opinioni diverse in dottrina. In particolare, a fronte di un orientamento dominante che ritiene di doverla collocare nel 18 a.C., si attesta una diversa ricostruzione, di cui si è fatto portavoce soprattutto T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La data della lex Iulia de adulteriis*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 8, Napoli: Jovene, 2001, pp. 81-96, il quale, sulla base dell'analisi di una serie di testimonianze, e in particolare del *Carmen saeculare* di Orazio, sostiene che essa dovrebbe essere in realtà leggermente posticipata e che sia da collocare più esattamente tra la metà del 17 e la metà del 16 a.C.

¹⁶¹ Fra le altre figure di reato perseguite davanti alle *quaestiones*, ciascuna competente funzionalmente per lo specifico *crimen* di appartenenza, ci limitiamo a citare l'omicidio (perseguito di fronte alla *quaestio de sicariis et veneficiis*), il *crimen repetundarum* (per il quale fu istituita l'omologa *quaestio de repetundis*) e, inoltre, i reati di falso, *ambitus*, *maiestas*, *vis*, *iniuria*.

¹⁶² Per quanto concerne il regime repressivo dell'adulterio in età monarchica ci preme ricordare P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie: un reato fra storia e propaganda*, Milano: Giuffrè, 1990.

¹⁶³ F. BOTTA, *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in C. CASCIONE – C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 1, Napoli: Editoriale scientifica, 2007, pp. 439-463; F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei «publica iudicia»*, Cagliari: AV, 1996; C. VENTURINI, *Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii*, in F. LUCREZI – G. MANCINI (a cura di), *Crimina e delicta nel tardo antico: atti del Seminario di studi, Teramo 19-20 gennaio 2001*, Milano: Giuffrè, 2003, pp. 17-37; E. VOLTERRA, *Per la storia dell'«accusatio iure mariti vel patris»*, in *Scritti giuridici, I. Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 219-278; E. VOLTERRA, *In tema di «accusatio adulterii». I L'«adulterium» della «sponsa». II L'«adulterium» dell'«uxor in captivitate»*, in *Scritti giuridici, I. Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 313-328; D. DAUBE, *The accuser under the lex Iulia de adulteriis*, in *Collected Studies in Roman Law*, 1, Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1991, pp. 561-573; M. A. DE DOMINICIS, *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare «constante matrimonio» la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, 27 [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253; M. KASER, *Rec. M. A. De Dominicis, Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare «constante matrimonio» la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253 [anche in *Iura*, 2 (1951), pp. 324-325]; G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 411-441; J. A. C. THOMAS, *Accusatio adulterii*, in *Iura*, 12 (1961), pp. 65-80; C. VENTURINI, *«Accusatio adulterii» e politica costantiniana (Per un riesame di CTH 9, 7, 2)*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 66-109.

formale atto di accusa: la legittimazione all'*accusatio* spettava dapprima soltanto al marito dell'adultera e al di lei padre, nei confronti dei quali la *lex* attribuì un'iniziativa processuale privilegiata per i primi sessanta giorni¹⁶⁴ (*accusatio iure mariti vel patris*)¹⁶⁵, e poi nei successivi sei mesi a qualunque altro cittadino (*accusatio iure extranei o iure publico*)¹⁶⁶.

Chiarito il significato dell'*accusatio adulterii* e i soggetti ad essa legittimati dal punto di vista attivo, occorre prendere in considerazione l'altra faccia della medaglia, e cioè capire chi fosse di tale accusa il destinatario o, per

¹⁶⁴ Tali sessanta giorni decorrevano dal momento del ripudio (*repudium*) dell'adultera: il marito tradito, infatti, a seguito della scoperta dell'adulterio, era tenuto a ripudiare la moglie fedifraga. Si trattava, peraltro, non di una facoltà, ma di un vero e proprio onere, che, laddove disatteso, avrebbe potuto comportare conseguenze anche molto pesanti per il marito stesso. Questi, infatti, avrebbe potuto essere imputato per il *crimen lenocinii*, fattispecie criminosa complessa, comprensiva di diversi reati, tutti sostanzialmente relativi a condotte di sfruttamento della prostituzione. Il marito che, dunque, non avesse denunciato l'adulterio della propria moglie avrebbe potuto essere considerato accondiscendente rispetto alle condotte adulterine della propria moglie e, addirittura, accusato di concedere la propria moglie ad altri al fine di trarre da ciò un vantaggio economico. Laddove accusato e condannato per il reato di lenocinio, le conseguenze sarebbero state pensatissime, essendo il *crimen lenocinii* disciplinato dalla stessa *lex Iulia* e punito con le medesime sanzioni previste per il *crimen adulterii*, ossia sanzioni sia patrimoniali (la confisca, per la donna, di metà della dote e, per l'uomo, di metà del patrimonio) sia personali (la cosiddetta *relegatio in insulam*, ossia l'esilio perpetuo da Roma). Sul *crimen lenocinii*, si rinvia a: G. RIZZELLI, *Il crimen lenocinii*, in *AG*, 210 (1990), pp. 457-495; G. KLEINFELLER, s.v. *Lenocinium*, in A. PAULY – G. WISSOWA (et al.), *Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft* 12/2 (1925), pp. 1942-1943; S. PULIATTI, *Lenocinii crimen*, in F. BOTTA (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione: Atti del Convegno di Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, Torino: Giappichelli, 2003, pp. 147-216; S. PULIATTI, *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in C. CASCIONE – C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, 7, Napoli: Editoriale scientifica, 2007, pp. 4491-4523; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce: Edizioni Del Grifo, 1997. Si veda, inoltre: V. GIUFFRÈ, *Un senatoconsulto ritrovato: il «Sc. de matronarum lenocinio coercendo»*, in *ANA*, 91 (1980), pp. 7-40; M. MALAVOLTA, *A proposito del nuovo S.C. da Larino*, in *Sesta Miscellanea greca e romana: Studi pubblicati dall'Istituto italiano per la storia antica*, 27 (1978), pp. 347-382; T. A. J. MCGINN, *The SC from Larinum and the Repression of Adultery at Rome*, in *ZPE*, 93 (1992), pp. 273-296.

¹⁶⁵ D. 48.5.15(14).2 (Scaevola 4 reg.): «*Marito primum, vel patri eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur: ultra eos dies neutrius voluntas exspectatur*»; D. 48.5.25(24).3 (Macer 1 publ.): «*Illud in utroque ex sententia legis quaeritur, an patri magistratum occidere liceat? Item si filia ignominiosa sit aut uxor contra leges nupta, an id ius nihilo minus pater maritusve habeat? Et quid, si pater maritus leno vel aliqua ignominia notatus est? Et rectius dicetur eos ius occidendi habere, qui iure patris maritive accusare possunt.*»

¹⁶⁶ Il riferimento all'accusa da parte degli «*extranei*» compare in D. 48.5.4.1 (Ulp. 8 disp.): «*Extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur: nam post sexaginta dies quattuor menses extraneis dantur et ipsi utiles.*». L'espressione «*accusatio iure publico*» è, invece, utilizzata da Paolo: D. 48.5.41(40).pr. (Paul. 19 resp.): «*Quaesitum est, an ea, quam maritus adulterii crimine se accusaturum minatus est nec quicquam egit vel iure mariti vel iure publico, nubere possit ei, quem in ea reum adulterii destinavit.*».

usare il linguaggio dei processualciviliisti, il legittimato passivo. Tale era senza dubbio la *uxor iusta*, che tecnicamente era l'unica possibile autrice del *crimen adulterii*, che l'ordinamento concepiva esclusivamente quale adulterio della donna sposata¹⁶⁷. Se questo è l'inconfutabile dato di partenza, occorre però chiedersi se, accanto alla *uxor iusta*, l'*accusatio adulterii* potesse essere esperita anche avverso altre categorie di donne.

In merito a tale interrogativo e rispetto alle varie figure femminili che possono astrattamente venire in rilievo¹⁶⁸, ciò che in questa sede interessa particolarmente indagare è la configurabilità dell'*accusatio adulterii* nei confronti delle «compagne di fatto», ossia da un lato la *uxor iniusta* e dall'altro la *concubina*¹⁶⁹.

7.2. L'adulterio della *uxor iniusta*.

Trattandosi, come già precisato, di due situazioni fra loro diversificate e non sovrapponibili, sarà necessario prenderle in considerazione separatamente, in quanto la questione, pur identica, potrebbe trovare risposta nei due casi.

Dal momento che, come anticipato, la *lex Iulia de adulteriis* rivolgeva la propria disciplina verso la *uxor iusta*, mirando la repressione dell'adulterio a

¹⁶⁷ Sulla natura del *crimen adulterii* come reato proprio (esclusivo) e sui relativi soggetti attivi del reato cfr. la precedente nota 45.

¹⁶⁸ Fra queste, per esempio, sono state oggetto di studio le diverse figure, da un lato, della *virgo*, ossia la ragazza non ancora sposata, e, dall'altro, della *vidua*, ossia la donna sposata ma rimasta vedova del proprio marito. In entrambi i casi la dottrina ritiene per lo più che si ricadesse nell'ambito applicativo della *lex Iulia de adulteriis* e che, pertanto, le relative condotte sessuali venissero represses come *crimina*, sebbene dalle fonti qualificate non come *adulterium*, bensì come *stuprum*, ossia il termine con cui i giuristi romani individuano la relazione sessuale intrattenuta dalla donna non sposata con un uomo non identificabile come suo marito. Per approfondimenti in materia di *stuprum*, del quale non è possibile trattare compiutamente in questa sede, si vedano, *inter alia*, gli studi di F. BOTTA, 'Per vim inferre'. Studi su *stuprum* violento e *raptus* nel diritto romano e bizantino, Cagliari: AV, 2004; M. MOLÈ, s.v. *Stuprum*, in *Noviss. Dig. It.*, 18, Torino: UTET, 1971, pp. 582-587; S. PULIATTI, *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustinianea. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, cit.; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, cit.; R. LAMBERTINI, «*Stuprum*» violento e ratto, in *Index*, 36 (2008), pp. 505-524; G. RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium' nella cultura augustea e la 'lex Iulia de adulteriis' (Pap. 1 adult. D. 48.5.6.1 e Mod. 9 diff. D. 50.16.101 pr.), in *BIDR*, 90 (1987), pp. 355-388.

¹⁶⁹ M. V. SANNA, *Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi*, in *AUPA*, 65 (2010-2011), pp. 201-230, poi confluito in M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Napoli: Jovene, 2012.

tutelare l'integrità dell'istituto matrimoniale inteso come *matrimonium iustum*, e con esso la legittimità della prole, riteniamo opportuno iniziare l'analisi dal modello che, rispetto al *matrimonium iustum* rappresentava l'alternativa. Dobbiamo, cioè, chiederci come fosse valutato l'adulterio perpetrato all'interno del cosiddetto *matrimonium iniustum* e che tipo di conseguenze potessero scaturire in capo alla *uxor iniusta* che avesse violato il vincolo – ammesso che di vincolo si potesse effettivamente parlare – di fedeltà coniugale.

Ragionando astrattamente, se, come abbiamo detto, l'*adulterium* in senso stretto era configurabile solo nei confronti della *uxor iusta*, cioè quella legata al marito da *iustae nuptiae*, potrebbe parere superfluo domandarsi quale sia la sorte dell'adulterio perpetrato dalla *uxor* che *iusta* non fosse. Infatti, partendo dalla constatazione che tale unione non era riconosciuta come *matrimonium* dal punto di vista civile, si potrebbe ipotizzare che allora, teoricamente, il diritto avrebbe dovuto disinteressarsene anche agli effetti penali; con l'ulteriore evidente conseguenza che l'infedeltà coniugale all'interno di un *matrimonium iniustum* sarebbe andata del tutto esente da repressione e quindi, indirettamente, sarebbe stata quasi considerata ammissibile dall'ordinamento romano.

In realtà, tale ipotesi perde immediatamente consistenza se si considera che la relazione extraconiugale a danno di un *matrimonium iniustum*, anche se tecnicamente non può essere definita *adulterium*, dovrebbe tuttavia poter configurare un caso di *stuprum*. Quest'ultimo termine, che a noi evoca immediatamente drammatici fenomeni di violenza sessuale e costrizione fisica, assumeva nel contesto della legislazione augustea tutt'altro significato. In particolare, com'è stato rilevato, «la nozione di *stuprum* secondo la *lex Iulia* è estranea ad ogni idea di violenza» ed è avvicinabile più al concetto di adulterio che a quello della violenza sessuale di cui all'articolo 609-bis del nostro codice penale. Infatti, «la parola *stuprum*, a Roma, non indicava la violenza sessuale», ma piuttosto si riferiva a «qualunque rapporto sessuale intrattenuto da una donna al di fuori del matrimonio (e dunque, anche quello di una donna nubile),

del tutto indipendentemente dal fatto che la donna fosse o meno consenziente»¹⁷⁰.

Se, dunque, lo *stuprum* nella sua accezione ampia indica qualsiasi unione sessuale con una donna non sposata ma di condizione *honorata*, e se lo *stuprum* era represso al pari dell'*adulterium*, significa che l'infedeltà della *uxor iniusta*, in quanto qualificabile come *stuprum*, lungi dall'essere irrilevante dal punto di vista penalistico, rappresentava – al pari dell'*adulterium* – un *crimen* e, in quanto tale, poteva essere repressa attraverso l'intervento statale.

Se questa già ai nostri occhi può apparire come una stranezza, uno stupore ancora maggiore ci coglie nel constatare che dalle fonti sembra emergere non tanto una punibilità dell'infedeltà coniugale della *uxor iniusta* sotto il titolo di *stuprum*, ma piuttosto la possibilità di esperire nei suoi confronti la stessa l'*accusatio adulterii* prevista per la *uxor iusta*.

Il primo passo che viene in rilievo appartiene ad Ulpiano: in esso il giurista, affiancando alla *iusta uxor* la *uxor iniusta*, pone sullo stesso piano le nozze legittime (*iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* che dir si voglia) e quelle illegittime (specularmente, *iniustae nuptiae* o *iniustum matrimonium*), affermando che in entrambi i casi l'uomo, marito o compagno che fosse, per perseguire l'infedeltà della moglie o della compagna poteva «*accusationem instituere*»¹⁷¹. Ulpiano ritiene, infatti, che senza dubbio («*plane*») l'uomo possa intentare l'accusa sia nei confronti della *uxor iusta* sia nei confronti della *uxor iniusta*. Peraltro, a sostegno della propria affermazione, Ulpiano cita l'opinione di un altro giurista, Sesto Cecilio Africano, secondo il quale «questa legge – la quale, come si comprende pacificamente dalla rubrica¹⁷², è la *lex*

¹⁷⁰ E. CANTARELLA, *Passato prossimo* cit., p. 57. Per un ulteriore approfondimento, si veda anche la relativa recensione di M. SALVADORE, *Rec. Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia* (E. Cantarella), in *Rivista di Filologia e di Istruzione classica*, 124 (1996), pp. 475-483.

¹⁷¹ C. FAYER, *La familia romana* cit., 3, p. 313. Sul punto, si veda anche quanto affermato da D. DAUBE, *The accuser under the lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 561: «As it stands, the passage puts *matrimonium iniustum* on the same level as *matrimonium iustum*: in either case the husband may proceed *iure viri*.».

¹⁷² Come si comprende dalla parentesi (Ulp. 2 *de adult.*) che segue la rubrica, il frammento D. 48.5.14(13).1 di Ulpiano è escerpito dal libro secondo del commentario alla *lex Iulia de adulteriis*. Com'è noto infatti i compilatori giustiniane, autori della monumentale e imperitura opera rappresentata dal *Corpus iuris civilis*, nel raccogliere ed antologizzare nel Digesto i frammenti dei diversi giuristi latini, raggruppandoli per affinità di argomento, hanno adottato

Iulia de adulteriis – riguarda tutti i matrimoni» («*haec lex ad omnia matrimonia pertinet*»). Dopodiché, per avvalorare ulteriormente il ragionamento, richiama la prassi vigente presso il mondo greco, riportando un verso tratto dall'Iliade di Omero.

D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*):

Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituire vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. Οὐ μόνοι φιλέουσ' ἀλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι.

Il dato rilevante che emerge da questo brano è che, a fronte della violazione del dovere di fedeltà coniugale, nei confronti della *uxor* – non importa se *iusta* o *iniusta*, «*sive iusta ... sive iniusta*» – sarebbe stato possibile intentare un processo per adulterio. Peraltro, peculiarità ancora maggiore, in ipotesi di violazione di un *matrimonium iniustum*, pur trattandosi di unione non suggellata dalle *iustae nuptiae*, sarebbe stato consentito promuovere un'accusa non in generale per *stuprum*, bensì per *adulterium*, sebbene, in mancanza di un *iustus maritus*, solamente *iure extranei*¹⁷³.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, la progressiva attrazione di tali unioni all'interno della repressione dell'*adulterium* non si sarebbe verosimilmente verificata, perché il termine *adulterium* individua e ricomprende al suo interno anche ipotesi di *stuprum* ulteriori rispetto al rapporto extraconiugale della donna sposata¹⁷⁴. Infatti, secondo questa teoria, parrebbe quanto meno strano ipotizzare, nell'ambito del medesimo procedimento repressivo predisposto dalla *lex Iulia*, che si presume adottasse un linguaggio tecnico, un'oscillazione di significato della nozione di

un rigoroso criterio filologico, facendo seguire alla rubrica di ogni frammento l'indicazione della sua provenienza, precisando il nome dell'autore e l'opera da cui è stato estrapolato.

¹⁷³ A riguardo, si vedano le pertinenti osservazioni di J. A. C. THOMAS, *Accusatio adulterii*, cit., p. 70: «Clearly the inference must be that we are, throughout, dealing with women linked in unions less than *iustae nuptiae* but in respect of which, nonetheless, process for *adulterium* – not for mere *stuprum*, – is allowed, albeit only *iure extranei*.».

¹⁷⁴ La voce riportata è quella di G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*. cit., p. 188, il quale ha dedicato svariati e approfonditi studi al tema dell'*adulterium* e dalla cui opinione, pertanto, non è possibile prescindere.

adulterium, e così ritenere che questa, anziché essere univoca, potesse variare in relazione ai diversi tipi di *accusationes*¹⁷⁵. Piuttosto, questa dottrina ritiene che la spiegazione rispetto a tale stranezza sia da rinvenirsi altrove e, in particolare, reputa che si tratti di circostanza conseguente al progressivo allargamento del concetto di *matrimonium* ad altre relazioni monogamiche tendenzialmente stabili, pur trattandosi di unioni diverse dalle *iustae nuptiae*¹⁷⁶.

Al di là delle divergenze dottrinali, ciò che preme rilevare è che il brano ulpiano ci offre un indubbio indizio in ordine al riconoscimento di taluni effetti giuridici – sebbene qui riferibili solo all'esperibilità dell'accusa di adulterio, quindi ad un aspetto che, in effetti, è volto a sanzionare, piuttosto che a tutelare, la *uxor iniusta* – di unioni matrimoniali che non corrispondono al modello legale. Queste ultime, infatti, anziché essere relegate al mondo della mera prassi, appaiono essere prese in considerazione dal diritto, che le reputa produttive «di alcuni, sia pur limitati, effetti», in quanto, com'è stato osservato, si trattava pur sempre di «unioni stabili e durature, che riflettono una realtà socialmente rilevante, che può essere normata in maniera più o meno simile al *iustum matrimonium*»¹⁷⁷.

7.3. L'adulterio della concubina.

¹⁷⁵ Si veda ancora G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*. cit., p. 188.

¹⁷⁶ Il medesimo autore (*Ibid.*, p. 188) ritiene, infatti, che tale risultato non sia dovuto ad una variazione della nozione di *adulterium* all'interno della coscienza sociale, bensì al sorgere e all'enuclearsi di nuovi tipi di unione che dell'*adulterium* costituiscono il presupposto. Fra questi, esemplare, secondo l'autore, sarebbe l'*adulterium* commesso dalla concubina, in quanto ipotesi sicuramente non regolata dalla *lex Iulia de adulteriis*. Sull'adulterio della concubina avremo modo di soffermarci meglio a breve (si veda, in particolare, *infra*: par. 7.3).

¹⁷⁷ La tesi citata è quella recentemente sostenuta da M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., pp. 197-198, la quale rileva altresì come l'affermazione di Sesto Cecilio, riportata da Ulpiano, secondo cui la *lex Iulia de adulteriis* «ad omnia matrimonia pertinet», pur sottintendendo l'esistenza di una pluralità e di una diversa articolazione di effetti fra le varie tipologie di unioni matrimoniali (*matrimonia*), lascia intendere che non era esclusivamente il *matrimonium iustum* a rivestire rilievo giuridico per il diritto romano; al contrario, anche il *matrimonium iniustum* era considerato produttivo di taluni effetti, tra i quali era da annoverarsi certamente – come testimonia il nostro passo – la possibilità da parte del marito/compagno di esperire nei confronti della *uxor iniusta* l'accusa di adulterio.

Passando adesso a considerare la seconda delle relazioni di fatto conosciute dall'ordinamento romano, ma più in generale, come visto, dal mondo antico, cercheremo di indagare – analogamente a quanto abbiamo fatto per la *uxor iniusta* – se ed in che misura l'adulterio della concubina avesse rilevanza dal punto di vista giuridico.

Già abbiamo ricordato, per quanto brevemente, in che cosa consistesse il rapporto di concubinato, pertanto sul punto non è necessario tornare, potendo adesso limitarci a considerare quale posto questo occupasse nell'ambito della legislazione matrimoniale augustea e, in particolare, della *lex Iulia de adulteriis*, sempre ammesso che ad esso fosse riservato un qualche posto.

A riguardo, occorre anzitutto osservare – come rilevato da autorevole dottrina¹⁷⁸ – che in verità la legislazione familiare augustea non avrebbe preso espressamente in considerazione il concubinato, favorendone, anzi, indirettamente la diffusione. Infatti, da un lato la *lex Iulia de adulteriis*, elencando le persone con cui sarebbe stato possibile avere rapporti sessuali senza incorrere in una pena, non vietava *in toto* le unioni extraconiugali e, dall'altro, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, sancendo una serie di impedimenti matrimoniali di carattere sociale, era come se, tacitamente, consigliasse in questi casi di ricorrere al concubinato.

¹⁷⁸ L'autorevole opinione riportata è quella di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, cit., pp. 315-316. Più specificamente, l'autore riconduce l'origine del concubinato, o quantomeno il suo dilagare e la sua diffusione dal punto di vista sociale, alla legislazione augustea. Ciò, in particolare, da un lato, a causa dei rigidi impedimenti matrimoniali di natura sociale introdotti dalla *lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus*, la quale vietava le unioni coniugali con donne di rango sociale inferiore; dall'altro lato, a causa delle pesanti sanzioni comminate dalla *lex Iulia de adulteriis* contro i reati di *stuprum* o *adulterium*, che complessivamente considerati punivano tutte le unioni extraconiugali con donne *ingenue et honestae*. Ad avviso dello stesso Bonfante, infatti, la legislazione augustea non avrebbe sanzionato le suddette condotte laddove commesse all'interno di un rapporto di concubinato, in quanto, con ogni probabilità, non contemplava né faceva menzione alcuna del concubinato stesso. Il concubinato – o, più correttamente, la sua diffusione – sarebbe stata, a suo parere, una conseguenza indiretta, ma fatale di quella stessa legislazione. Come evidenza alacramente l'autore, da un lato «la *lex Iulia de adulteriis*, infatti, comminando le sue fiere sanzioni contro lo *stuprum* e l'*adulterium*, elencava una serie di persone vili, nell'orgoglioso spirito della società romana e in particolare della restaurazione augustea, *in quas stuprum non committitur*»; dall'altro, «la *lex Iulia et Papia Poppaea* stabiliva una serie di impedimenti matrimoniali di natura sociale». Con la conseguenza che, conclude Bonfante, «la prima apriva la possibilità, la seconda dava la spinta al concubinato». La medesima opinione, peraltro, risulta condivisa anche da T. A. J. MCGINN, *Concubinage and the 'lex Iulia' on Adultery*, cit., p. 338: «Finally, it is likely that the Augustan laws on adultery and marriage indirectly encouraged the rise of respectable concubinage as an institution recognised in its own right.»

Se questo dunque è il quadro generale in cui occorre collocare la relazione di concubinato in epoca augustea, qualche informazione più specifica in merito all'*adulterium* della concubina ci viene nuovamente riportata da Ulpiano nel passo che precede proprio quello poco sopra citato, nel quale si ammetteva che «*haec lex ad omnia matrimonia pertinet*».

D. 48.5.14(13).pr. (Ulp. 2 *de adult.*)

Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.

In questo brano Ulpiano afferma che, laddove sia stata la concubina e non la moglie a commettere adulterio, non è possibile che venga accusata *iure viri* colei che non fu moglie («*quae uxor non fuit*»). La motivazione che il giurista adduce è del tutto logica: non si può accusare *iure viri* colei che non è *uxor*, in quanto – potremmo aggiungere, permettendoci di completare, esplicitandolo, ciò che Ulpiano sottintende – mancando una *uxor*, manca necessariamente anche un *vir*.

Tuttavia, subito dopo aver escluso l'esperibilità dell'*accusatio iure viri*, lo stesso Ulpiano ammette che l'adulterio perpetrato dalla concubina possa essere perseguito mediante l'*accusatio iure extranei*; ciò tuttavia a condizione che la donna, pur concedendosi come concubina, non abbia tuttavia perso il nome di matrona, come accadrebbe, secondo Ulpiano, nel caso in cui il rapporto di concubinato venga instaurato dalla donna con il proprio patrono.

In merito a questo passo, parte della dottrina ha osservato come Ulpiano, nell'affermare che non è possibile esperire l'*accusatio iure viri* nei confronti di colei che «*uxor non fuit*», non intenderebbe escludere *tout court* che la concubina sia una *uxor*, ma più semplicemente e strettamente che questa sia una *iusta uxor*¹⁷⁹. Ulpiano dunque utilizzerebbe la parola «*uxor*» tecnicamente, ossia attribuendole il suo significato giuridico proprio, di donna sposata

¹⁷⁹ Anche questa volta, l'opinione è di G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*. cit., p. 195.

secondo *iustae nuptiae*. Questa dottrina giunge a tale conclusione poiché sostiene che il richiamo all'*accusatio iure viri* e all'*accusatio iure extranei*, cioè le due azioni tipiche del sistema di repressione dell'adulterio introdotto da Augusto, dimostrerebbe che il termine «*adulterium*» è utilizzato in senso stretto e non in modo improprio per individuare genericamente lo *stuprum*¹⁸⁰. Per quanto riguarda, poi, l'esclusione dell'*accusatio iure viri* e la concessione dell'*accusatio iure extranei*, esse sarebbero una logica conseguenza del fatto che l'adulterio è commesso da una donna che non è *iusta uxor*. Infatti – secondo questa opinione – il passo di Ulpiano, da una parte, ammette che il comportamento della concubina costituisca una relazione extraconiugale *sub specie adulterium*, ma, dall'altra, esclude che la donna autrice di quell'*adulterium* sia una *iusta uxor*. La conclusione del ragionamento, quindi, è tale per cui dalla combinazione di tali affermazioni non potrebbe che scaturire una soluzione di compromesso, ossia la possibilità per l'uomo di accusare la donna, ma soltanto *iure extranei*¹⁸¹.

Inoltre, ad avviso della medesima dottrina, tale interpretazione troverebbe riscontro anche attraverso una lettura combinata del *principium* di D. 48.5.14(13) con il paragrafo 1, che abbiamo poco fa analizzato, dove Ulpiano utilizzerebbe il termine «*uxor*» (*iniusta*) per indicare la concubina e il vocabolo matrimonio «*matrimonium*» (*iniustum*) per indicare il concubinato¹⁸².

¹⁸⁰ Si veda ancora *Ibid.*, pp. 195-196, il quale sostiene che la circostanza che la parola «*adulterium*» sia in questo brano utilizzata *stricto sensu* sarebbe testimoniata dal fatto che Ulpiano, da un lato, richiama, sebbene per negarne la concessione, l'accusa effettuata *iure viri* e, dall'altro, permette al contempo alla persona offesa (cioè, come precisa Rizzelli, il soggetto di «*accusare... non poterit*») di perseguire solamente *iure extranei* la concubina o in generale, per utilizzare le parole di Ulpiano, colei che «*uxor non fuit*».

¹⁸¹ Per una migliore e completa comprensione del ragionamento che si è qui cercato di riportare sinteticamente, si suggerisce la diretta lettura delle parole dell'autore: *Ibid.*, p. 196.

¹⁸² Sempre ad avviso di Rizzelli (*Ibid.*, p. 187) il *principium* del frammento D. 48.5.14(13) e il successivo § 1 andrebbero senz'altro letti in combinato. Lo stesso si domanda tuttavia se, proprio per questo motivo, non possa ritenersi che Ulpiano, nelle parole iniziali, escluda che la concubina sia una *uxor*, come potrebbe sembrare ad una prima lettura. Provando a ragionare diversamente, si potrebbe ipotizzare, invece, secondo l'autore, che il giurista pensasse, impiegando il termine «*uxor*» senza ulteriori qualificazioni, alla *iusta uxor*, così contrapponendola alla donna che viva in una relazione di concubinato; dopodiché, nel successivo paragrafo 1, descrive la concubina come *uxor iniusta* nonché, mediante il rinvio al pensiero di Sesto Cecilio Africano, il concubinato come un *matrimonium*, seppur *iniustum*. Del medesimo avviso pare essere anche R. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, cit., p. 235, il quale sottolinea come il giurista utilizzi la parola *uxor* per indicare, in realtà, la concubina. Secondo l'autore, un simile esito, apparentemente da escludersi ad una prima lettura del *principium*, risulterebbe, invece, del

D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*)

Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. Οὐ μόνον φιλέουσ' ἀλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι.

Occorre tuttavia segnalare come la ricostruzione appena esposta, per quanto autorevolmente sostenuta ed argomentata, non risulti unanimemente condivisa dagli studiosi che si sono occupati dell'argomento. Rispetto ad essa, in particolare, ha recentemente manifestato il proprio dissenso altra parte della dottrina, secondo la quale l'utilizzo dell'espressione «*omnia matrimonia*», se certamente conferma la sussistenza a Roma di realtà coniugali ulteriori rispetto al *matrimonium iustum*, tuttavia non offrirebbe una valida prova della inclusione del concubinato in tale categoria¹⁸³. La dottrina sostenitrice di questa seconda tesi, infatti, pur essendo persuasa del fatto che il sistema matrimoniale romano non fosse connotato da confini rigidi ed inflessibili, ritiene eccessivo qualificare la concubina come *uxor iniusta* e, di conseguenza, il concubinato come *matrimonium iniustum* basandosi sulla semplice affermazione della riferibilità dell'*accusatio adulterii* anche nei confronti della concubina. Essa sottolinea, infatti, a più riprese come il concubinato sia privo dell'*affectio maritalis*, la quale invece – come abbiamo ricordato descrivendo

tutto plausibile alla luce del successivo paragrafo 1, che, addirittura introducendo il discorso mediante l'avverbo «*plane*» («chiaramente»), contempla, accanto e in aggiunta alla *uxor iusta*, una *uxor iniusta*, ricomprendendo in quest'ultima espressione anche la concubina, in quanto anch'essa sarebbe *uxor*, sebbene *iniusta*. In proposito si veda, inoltre, T. A. J. MCGINN, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, New York-Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 200, il quale, con riferimento a D. 48.5.14(13).1 afferma: «The text says that unions without *conubium* (i.e., *matrimonia iniusta*) are protected by the *lex Iulia*. This is true of concubinage (at least, the respectable variety) and marriage between Roman men and peregrine women (Briseis, alluded to in Africanus's citation of Homer, serves as an example of both a concubine and a peregrine woman).».

¹⁸³ Contro l'opinione di Renato Quadrato, che sostiene che il concubinato fosse ricompreso nel *matrimonium iniustum*, si staglia M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., pp. 146-147, a parere della quale la circostanza che il frammento D. 48.5.14(13).1 parli di «*omnia matrimonia*», sebbene con esclusivo riguardo alla possibilità di esperire l'*accusatio adulterii*, se da un lato testimonia che la parola «*matrimonium*» non era riferita unicamente al *iustum matrimonium*, ma anche alle altre unioni qualificabili come matrimoniali (ossia i cosiddetti «*matrimonia iniusta*»), le quali, pertanto, avevano il valore giuridico di veri e propri matrimoni – non proverebbe però, se non volendo forzare il testo immaginando di andare al di là del suo significato certo, che fra tali «*omnia matrimonia*» fosse contemplato e compreso anche il concubinato.

la struttura del *matrimonium iustum* – rappresenta, assieme alla convivenza, uno degli elementi essenziali e costitutivi del matrimonio romano¹⁸⁴.

Rispetto a quest'ultimo ragionamento, teoricamente ineccepibile, non può però tacersi l'osservazione di coloro che, a ragione, denunciano la fragilità di una distinzione fondata unicamente sulla valorizzazione del diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo. È stata, infatti, giustamente sottolineata la difficoltà di discernere l'*affectio uxoris* dall'*affectio concubinae*, dal momento che la concubina, vivendo nella stessa casa dell'uomo ed essendo ad esso legata da un rapporto durevole, sebbene fattuale, in niente apparentemente si differenzia dalla moglie. Pertanto, la distinzione fra una *uxor* e una donna *uxoris loco* basata sull'*affectio maritalis*, teoricamente ineccepibile, nella pratica appare piuttosto evanescente ed «impalpabile», rischiando di risolversi in una «mera questione terminologica»¹⁸⁵.

Gli autori che criticano il precedente assunto, dunque, spiegano l'esperibilità dell'*accusatio adulterii* nei confronti della concubina adducendo una diversa motivazione. Questi, in particolare, ritengono maggiormente verosimile che tale possibilità sia dovuta, piuttosto che alla qualificazione del concubinato come *matrimonium iniustum*, ad un allargamento dell'ambito di

¹⁸⁴ Sempre M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., p. 146, pur ritenendo che «in tema di matrimonio i giuristi romani non abbiano – come, d'altronde, sarebbe stato difficile, visto l'approccio casistico – creato un 'sistema' dai confini netti, in cui, come afferma dogmaticamente Edoardo Volterra, solo il *matrimonium iustum* poteva produrre gli effetti previsti dall'ordinamento», reputa tuttavia eccessivo, semplicemente argomentando sulla base della esperibilità dell'*accusatio adulterii* anche avverso la concubina, far rientrare nei *matrimonia iniusta* anche «il concubinato, che si distingue dal matrimonio proprio per la mancanza dell'*affectio maritalis*». La stessa idea viene, peraltro, ribadita qualche pagina più avanti (*Ibid.*, pp. 172-173), allorquando l'autrice esclude che il concubinato sia *in toto* assimilabile al *matrimonium iniustum*, distinguendosi da questo proprio per la mancanza dell'*affectio maritalis*, la quale, viceversa, nel *matrimonium*, anche in quello *iniustum*, sarebbe sempre e comunque presente. Per gli stessi motivi, ritiene che il concubinato non possa essere confuso con il *matrimonium* anche S. TREGGIARI, *Roman Marriage* cit., pp. 51-52: «In *iniustum matrimonium* each member of the pair intended a marital relationship, but because of some incapacity the union was not fully valid in Roman law. But in concubinatus at least one of couple, the man, did not intend marriage. (Some moderns confuse the issue by calling *iniustum matrimonium* concubinage. [...])».

¹⁸⁵ R. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, cit., p. 231 rileva a chiare lettere come non sia affatto agevole tracciare una netta linea di confine in grado di separare e distinguere l'*affectio uxoris* rispetto all'*affectio concubinae*. Infatti, il discrimine tra le due appare esile e quanto mai incerto, dal momento che, in assenza di nozze, la differenza fra la *uxor* vera e propria e la donna «*uxoris loco*», che è considerata alla stregua di una moglie, convivendo con il compagno nella medesima casa ed essendo a lui legata da un rapporto durevole, per quanto solo fattuale, si dissolve, perdendo ogni concretezza e divenendo quasi «impalpabile», riducendosi di fatto ad una «mera questione terminologica».

applicazione della *lex Iulia de adulteriis*¹⁸⁶ – analogamente a quanto, peraltro, le fonti affermano essere avvenuto anche con riferimento alla *sponsa*¹⁸⁷ –; allargamento dovuto probabilmente al fatto che al rispetto del dovere di fedeltà erano tenute non solo le *uxores* (*iustae* e *iniustae*), ma, più genericamente e latamente, tutte le donne legate ad un uomo in una relazione che, pur non *iusta* secondo il *ius civile*, fosse tuttavia stabile e duratura¹⁸⁸.

8. Osservazioni conclusive sull'apparenza nei rapporti familiari di fatto: una relazione «*magis vera quam speciosa*».

Il percorso fin qui compiuto, che attraverso molteplici tappe ci ha calati addentro l'universo del diritto familiare romano, osservando più da vicino le diverse manifestazioni della vita di coppia che il costume e la società romana pacificamente ammettevano, ci ha posto innanzi ad una realtà complessa, dai confini vasti e di difficile definizione. Per riprendere una celebre e fin troppo

¹⁸⁶ M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 147 ritiene piuttosto probabile che, in un periodo successivo all'emanazione della *lex Iulia* di Augusto, la possibilità di esperire l'*accusatio adulterii* sia stata estesa anche al concubinato, senza che però tale estensione abbia per ciò solo comportato l'ampliamento della nozione di *matrimonium*, seppure *iniustum*, anche alle unioni qualificabili come concubinato. La stessa autrice ribadisce, peraltro, il medesimo concetto (*Ibid.*, p. 170), riferendolo questa volta non soltanto alla concubina, ma anche alla *sponsa*. In entrambi i casi, infatti, la possibilità di promuovere l'accusa di adulterio sarebbe verosimilmente conseguenza di un ulteriore allargamento dell'ambito di applicazione dell'*accusatio adulterii*, la quale, nei confronti della *sponsa* fu concessa da un rescritto *divi Severi et Antonini*, mentre, per quanto riguarda la concubina fu probabilmente dovuta ad un successivo allargamento dell'ambito applicativo iniziale della *lex Iulia*.

¹⁸⁷ Il riferimento è, in particolare, al frammento D. 48.5.14(13).3 (Ulp. 2 *de adult.*): «*Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur.*». Tuttavia, occorre segnalare che l'esatto contrario sembra essere affermato in Coll. 4.6.1 (Paul. *sing.*): «*In uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam sponsam Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt.*». Rispetto a tale apparente discrasia, non sono mancati i tentativi di conciliazione, come ricorda M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali* cit., p. 186, allorché rileva che, essendo i due passi chiaramente riferiti al medesimo rescritto dei due Imperatori Severo ed Antonino, sarebbe secondo alcuni possibile conciliarne il contenuto, ritenendo che, da un lato, «nel Digesto, quando si parla di *accusatio* nei confronti della *sponsa*, non si faccia riferimento all'*accusatio iure mariti* ma a quella *iure extranei*», dall'altro «nella *Collatio*, quando si afferma che Severo e Caracalla ammisero l'accusa *iure mariti* nei confronti dell'*uxor* e non della *sponsa*, non si intenda necessariamente escludere, nei confronti della *sponsa*, anche l'accusa *iure extranei*.»

¹⁸⁸ Per approfondire la tesi appena citata, si rinvia direttamente alle parole dell'autrice: *Ibid.*, p. 183.

abusata metafora, possiamo dire che il diritto familiare romano ci appare come un «mare»¹⁸⁹ – o forse dovremmo dire un oceano? – in cui le relazioni di coppia si stagliano – volendo prendere in prestito un'altra nota immagine – come un «arcipelago»¹⁹⁰ – anticipando quasi, svariati secoli or sono, il fenomeno che oggi vede moltiplicarsi i modelli familiari e, in conseguenza, dissolversi l'ideale unitario di famiglia fondata sul matrimonio che la nostra Carta costituzionale aveva voluto racchiudere nell'articolo 29: un'unitarietà che, oramai, possiamo dire rappresenti un ricordo, essendo destinata, così come la Pangea, ad essere rappresentata soltanto nei libri di storia.

L'analisi del regime giuridico delle unioni diverse dal *matrimonium* ha, infatti, disvelato come, al di là dell'istituto matrimoniale tecnicamente inteso come *matrimonium iustum*, connotato dai presupposti e dai requisiti richiesti per la produzione di determinati effetti giuridici – *in primis* quelli relativi alla filiazione, quali l'acquisto, *ex latere patris*, della *patria potestas* e, *ex latere filii*, dello *status* di *filius legitimus* – il diritto romano abbia manifestato una tendenza a riconoscere la produzione di determinati effetti anche ad unioni o rapporti carenti sotto taluni o più di tali profili, a seconda dei casi identificabili nei cosiddetti *matrimonia iniusta* o in unioni del tutto diverse, anche a livello onomastico, dal matrimonio, come il concubinato.

Da tale circostanza si è originata dunque la questione, come abbiamo visto dibattuta tra gli studiosi della materia, se dalla presenza di tali più o meno limitati effetti, testimoniati dalle fonti, possa trarsi la conseguenza del riconoscimento da parte del diritto romano non di un unico tipo di matrimonio, ma di una molteplicità di unioni coniugali, ben individuate sia quanto ai loro specifici *nomina*, sia quanto al regime giuridico ad esse riconnesso, che consentiva di differenziare le une dalle altre, come gli studi più recenti hanno sostenuto; oppure se occorra, piuttosto, recuperare l'impostazione tradizionale, figlia di Edoardo Volterra, che esclude detta pluralità, riconducendo invece l'intero panorama coniugale romano all'alternativa secca tra *matrimonium iustum* ed esistente, e *matrimonium iniustum*, pertanto inesistente.

¹⁸⁹ A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit.

¹⁹⁰ F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare* cit.

A me pare che, pur non potendo prescindere dalla questione teorica in sé considerata, ma allo stesso tempo cercando di guardare oltre la stessa, sia interessante valutare e considerare il meccanismo che ha indotto l'ordinamento di Roma antica a riconoscere, talvolta, un qualche rilievo anche ad unioni non *iustae*, ossia non conformi a quanto formalmente richiesto dal *ius*, dall'ordinamento giuridico complessivamente inteso. In altre parole, sembra opportuno avere riguardo e considerare quale sia la *ratio* o l'esigenza sottesa all'estensione di taluni effetti giuridici ad unioni che, con terminologia moderna, abbiamo definito non «di diritto», bensì «di fatto»¹⁹¹.

Abbiamo visto, infatti, come in realtà il mondo antico ammettesse la coesistenza di modelli familiari plurimi, assegnando a ciascuno di essi uno specifico posto ed una precisa funzione sociale. Abbiamo anche visto come a tale eterogeneità delle relazioni coniugali, del tutto lecita, diffusa e riconosciuta dal punto di vista sociale, non corrispondesse tuttavia un pari rilievo giuridico, dal momento che gli effetti giuridici propri del modello principe – ossia il *matrimonium iustum* – in genere non erano estesi né estendibili alle unioni da esso differenziate. Anzi, a ben vedere, i casi in cui il diritto romano ammise una simile estensione, non furono pensati in un'ottica di *favor familiae*, ossia per garantire tutela giuridica anche ai membri di coppie non sposate. Tutt'altro: anche nei casi in cui è dato registrare una simile estensione di effetti per le diverse forme di unione, non è detto che ciò si risolvesse a favore delle stesse. L'esempio dell'*accusatio adulterii* della *uxor iniusta* e della concubina lo dimostra, dal momento che in questo caso l'equiparazione riguardava un profilo che, in effetti, andava a scapito della *uxor iniusta*, – e per qualcuno anche della concubina – la quale, pur non essendo una moglie vera e propria veniva trattata come tale agli effetti penali e, perciò, poteva essere destinataria di un'accusa di adulterio al pari della sposa legittima.

¹⁹¹ Ci preme ribadire che si tratta di terminologia moderna, che si attaglia solo in parte ai modelli propri del diritto romano, per rifuggire le obiezioni, altrimenti legittime, secondo cui a Roma anche lo stesso *matrimonium iustum* si caratterizzava per la sua fattualità (*res facti*). Pur consapevoli di ciò, come argomentato addietro, ci siamo comunque permessi di utilizzare il riferimento al moderno concetto di «coppie di fatto» perché, come abbiamo cercato di mettere in luce, da questo punto di vista *matrimonium iniustum* e concubinato sono assimilabili al nostro concetto di «unione di fatto», cioè un'unione fra due soggetti che per qualche incompatibilità o incapacità giuridica non possono sposarsi, ma che, nonostante ciò, conducono a tutti gli effetti una vita matrimoniale.

Non riteniamo dunque di poter condividere la posizione di coloro che, facendo leva sulla pluralità di modelli familiari che animava il diritto romano, ritengono che lo stesso avrebbe in ciò manifestato una tendenza ad ampliare i propri orizzonti al riconoscimento di unioni che, rigorosamente parlando, non configurano *matrimonium iustum* e che, dunque, – con un'iperbole ancor più accentuata – il diritto romano, secoli or sono, avrebbe voluto dare risposta affermativa ad uno degli interrogativi che, ancora oggi, animano l'opinione sociale italiana e straniera: quello del riconoscimento giuridico delle unioni di fatto. Questa prospettiva, per quanto affascinante e coinvolgente, soprattutto per il legame quasi «ombelicale» che cerca di rinvenire tra modernità e antichità, tuttavia sconta forse un eccessivo entusiasmo, alimentato probabilmente anche dalle suggestioni derivanti dai dibattiti che negli ultimi anni hanno impegnato gli operatori giuridici, e non solo.

Quanto appena affermato non significa, tuttavia, che gli indizi trasmessici dalle fonti perdano la propria forza: al contrario, ci offrono preziosi elementi per confermare, una volta di più, il ragionamento che fin qui abbiamo cercato di portare avanti.

Riteniamo, dunque, che il problema non debba esser affrontato ed impostato in termini astratti, attraverso un'individuazione delle diverse categorie e tracciando per ciascuna lo specifico regime giuridico. L'operazione di classificazione che per la nostra *forma mentis* siamo abituati a compiere, per scongiurare il disorientamento che altrimenti ci assalirebbe, non sempre però ci conduce a risultati certi e ci consente di tracciare linee di confine nette e invalicabili. D'altra parte, il fatto che i Romani ammettessero l'esistenza contemporanea di più rapporti di coppia (*matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum*, concubinato) ci lascia immaginare che una rigidità di confini debba probabilmente escludersi. Occorre dunque abbandonare per una volta la nostra tendenza a classificare ed ordinare i fenomeni giuridici, la nostra necessità di rinvenire a tutti i costi una regola ordinante che non necessariamente esiste, perché magari non è stata mai formulata in termini generali ed astratti e perché non è mai stata sancita positivamente. Da questo punto di vista, i dibattiti dottrinali relativi all'individuazione della linea di confine tra *matrimonium iustum* e *matrimonium iniustum* e alla portata giuridica del secondo rispetto al primo, nonché, a ben vedere, anche i problemi di distinguere l'*affectio*

maritalis dall' *affectio concubinae*¹⁹² rappresentano problemi in quanto posti in termini astratti: ossia, perché cerchiamo di risolvere sulla base delle categorie giuridiche generali questioni che in verità sono tutte interne al *factum*. Al contrario, è dal *factum* che dobbiamo partire per arrivare poi eventualmente ad individuare il *ius*, e non viceversa. In altri termini, la risposta alle nostre domande è da ricercarsi nei fatti, nelle singole fattispecie concrete, per valutare se di volta in volta sia possibile riconoscere certi effetti, per svariate ragioni, contemperando i vari interessi, attraverso un bilanciamento che conduce a soluzioni non sempre univoche. Ed ecco che allora la risposta ci proviene dalle fonti, dalle testimonianze dei giuristi che, attraverso i loro *responsa*, cercano di individuare le soluzioni giuridiche rispetto ai problemi loro sottoposti.

E ciò che dalle fonti analizzate emerge non è certo una tendenza all'equiparazione di effetti tra le diverse tipologie di unioni. L'unica tipologia di unione giuridicamente rilevante per Roma è il *matrimonium iustum* e, laddove si registra un'estensione di effetti alle altre unioni, ciò avviene non con finalità di tutela della coppia 'illegittima' (*iniusta*), mediante il riconoscimento di diritti e facoltà, quanto piuttosto attraverso imposizione di obblighi, quali quello di fedeltà coniugale, che laddove violati saranno sanzionabili. Forte è, dunque, la distanza che separa la risposta del diritto romano rispetto alle soluzioni offerte al medesimo problema dagli ordinamenti moderni, dove l'attenzione è rivolta alla tutela e non alla sanzione: anzi, ci permettiamo di rilevare – a livello meramente incidentale e cronachistico – che, quasi *par une ironie du sort*, nella recente legge Cirinnà¹⁹³ sono stati estesi alle unioni civili praticamente tutti i diritti e tutte le facoltà attribuiti dal codice civile alle coppie sposate, ma non «l'obbligo reciproco alla fedeltà» sancito all'art. 143 del nostro codice civile¹⁹⁴.

¹⁹² Si ricordi l'opinione di R. QUADRATO, «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, cit., p. 231, *supra* citata (p. 40, nt. 70). E, inoltre, C. FAYER, *La familia romana* cit.

¹⁹³ Legge 20 maggio 2016, n. 76 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»).

¹⁹⁴ I «diritti e doveri reciproci dei coniugi» sono enunciati dall'art. 143 c.c., il quale prevede che: «Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. / Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. / Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.». La legge

Non paiono, dunque, da questo punto di vista, esserci margini di condivisione tra impostazione moderna ed impostazione antica, la quale piuttosto sembra avvicinarsi o comunque collocarsi nel medesimo ordine di idee che abbiamo visto essere alla base della disciplina delle diverse manifestazioni dell'apparenza giuridica. Anche in quei casi, infatti, il modello riconosciuto dall'ordinamento è uno ed uno solamente (l'effettivo erede, il legittimo creditore, il vero rappresentante) e la produzione di effetti giuridici nei confronti di soggetti che solo apparentemente ne ricoprono la posizione è concepita e pensata non per tutelare tali soggetti, bensì i terzi che a causa di tale situazione di apparenza potrebbero subire un pregiudizio.

Ma, allora, analizzata da questo punto di vista, la distanza di tali istituti rispetto al discorso relativo alle unioni extraconiugali si riduce notevolmente: ecco perché ci siamo convinti di poter analizzare congiuntamente due fenomeni, quello dell'apparenza, da un lato, e quello delle relazioni familiari di fatto, dall'altro, *prima facie* tra loro non affiancabili. E, alla luce delle considerazioni svolte, possiamo forse concludere la nostra trattazione prendendo in prestito, ancora una volta, le parole di Gaio – già utilizzate per descrivere i rapporti tra creditore apparente e *falsus creditor*¹⁹⁵ – e, col *placet* del giurista, invertire i termini per affermare che tra 'apparenza' e 'relazioni familiari di fatto' l'affinità è «*magis vera quam speciosa*».

Cirinnà, invece, al comma 11 del suo unico articolo recita: «Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni», omettendo dunque di richiamare, tra i vari obblighi a carico dei membri dell'unione civile, quello di fedeltà e aprendo le porte al dibattito sull'opportunità, recentemente messa in discussione da alcuni membri del parlamento, di mantenere detto obbligo anche per le coppie sposate con matrimonio tradizionale; incendiando, così, gli animi di coloro che, assieme a Denis de Rougemont, con ironia si domandano: «Senza l'adulterio che ne sarebbe di tutte le nostre letterature? Se non esistesse l'adulterio, che fine farebbe l'immaginazione degli scrittori?» (citato in Corriere della sera, 30 maggio 1999).

¹⁹⁵ Cfr. capitolo 3, par. 5.

CONCLUSIONI

Siamo, quindi, giunti al termine della nostra trattazione, con la quale abbiamo voluto studiare un tema classico, quale la dialettica tra fatto e diritto nell'esperienza giuridica di Roma antica, utilizzando però, come chiave di lettura, un principio moderno: quello dell'apparenza del diritto. Tale principio è stato analizzato con riferimento alle sue principali manifestazioni nelle diverse materie: erede apparente (diritto successorio), pagamento al creditore apparente (adempimento delle obbligazioni), rappresentante apparente (rappresentanza negoziale). Per ciascuna di esse, in particolare, è stata proposta un'indagine che, partendo dall'istituto nella sua configurazione moderna, ha cercato di individuare un possibile antecedente storico nell'esperienza di Roma antica.

Così, attraverso un'analisi delle fonti dei giuristi romani, da un lato, e delle interpretazioni dottrinali che ne sono state offerte, dall'altro, ciascuna fattispecie di apparenza è stata posta a confronto con il proprio 'precedente' nel diritto romano, rispettivamente identificato nel *possessor pro herede*, nel *falsus creditor* e nel *falsus procurator*, per valutare quali fossero i margini effettivi di tale apparente continuità.

Accanto a tali istituti, che rappresentano le principali manifestazioni del principio dell'apparentia iuris come modernamente concepito, sono stati presi, poi, in considerazione i rapporti di fatto propri del contesto familiare – quali le relazioni *more uxorio*, il *matrimonium iniustum* e il concubinato – che a loro volta abbiamo considerato interpretabili come manifestazioni *lato sensu* di apparenza del diritto.

Il lavoro ha cercato di analizzare tutti i fenomeni citati seguendo un percorso analogo, interrogandosi cioè su quali siano le ragioni che in taluni casi hanno indotto l'ordinamento ad estendere la disciplina propria dell'istituto giuridico alla relativa fattispecie apparente.

In particolare, tale ricerca è stata compiuta invertendo l'ordine consueto, che imporrebbe di partire dalle origini e progressivamente seguire l'evoluzione dell'istituto. Al contrario, la nostra scelta è stata quella di procedere in modo inverso e, così, partendo dal nuovo, cercare di risalire all'antico.

Nel nostro percorso, dunque, una volta definito il principio di *apparentia iuris* e individuatene le principali manifestazioni nel diritto moderno, per ciascuna di esse è stato cercato un possibile antecedente storico nell'ambito del diritto romano. Ciascuno di questi 'precedenti' del passato è stato, poi, preso in considerazione singolarmente, seguendo uno schema per quanto possibile analogo.

Si è così anzitutto premesso alla trattazione una descrizione della fattispecie moderna, al fine di fare luce sulla questione giuridica rispetto alla quale incardinare il raffronto. Soltanto una volta delineati in modo chiaro i contorni dell'istituto protagonista dell'analisi è stato possibile tentare l'individuazione del precedente romanistico, che sarebbe rimasto inafferrabile senza una preliminare adeguata comprensione del fenomeno di cui si desidera indagare le origini.

Una volta individuato l'*avus* delle singole fattispecie di apparenza, è stato possibile effettuare un inquadramento dell'istituto nei suoi connotati essenziali, quali i requisiti di esistenza, la *ratio* giustificatrice e, soprattutto, gli effetti giuridici ad esso connessi. Lo studio di tali effetti è stato evidentemente funzionale ad un duplice scopo: da un lato, effettuare un confronto con l'esperienza moderna, per valutare se, di volta in volta, siano individuabili segni di continuità o, piuttosto, di frattura fra esperienza antica e moderna. Dall'altro, effettuare un confronto interno tra le singole fattispecie, per valutare l'esistenza di una linea di tendenza comune, che, al pari del moderno principio dell'apparenza del diritto, le accomuni e le assimili sotto una *eadem ratio*.

Al termine della trattazione dei singoli istituti e, dunque, in esito a ciascun capitolo monografico, sono state proposte delle osservazioni di chiusura, che riassumono i termini della questione affrontata e prospettano i risultati ricavati dall'analisi compiuta. Queste conclusioni parziali sono adesso preziose per argomentare le nostre conclusioni finali e presentare gli esiti della ricerca finora portata avanti con fatica e passione.

Come abbiamo cercato di dimostrare con riferimento a ciascuno degli ambiti analizzati, le analogie e le assonanze tra le moderne manifestazioni di apparenza giuridica e i rispettivi antecedenti storici non sempre risultano confermate. Se l'esperienza di Roma antica si manifesta sensibile rispetto al riconoscimento di taluni effetti giuridici a situazioni difforni rispetto al modello

legale, ciò tuttavia non avviene per le medesime finalità che connotano i moderni ordinamenti. L'analisi delle fattispecie tramandateci dai giuristi ci ha dimostrato che il più delle volte l'estensione dell'effetto giuridico alla situazione apparente è dettato da finalità punitive e sanzionatorie rispetto a condotte fraudolente o comunque lesive del canone fondamentale di buona fede.

D'altro canto, lo studio dei rapporti familiari di fatto ci ha dimostrato che, nonostante Roma conoscesse una pluralità di realtà coniugali di cui, peraltro, ammetteva pacificamente la coesistenza, tuttavia solo alcuni di essi e solo a talune condizioni ricevevano attenzione da parte del diritto.

Per comprendere, dunque, la complessità dei fenomeni che abbiamo cercato di rappresentare, per coglierne e apprezzarne l'essenza, è necessario dunque osservarli dalla giusta prospettiva: provando a seguire questa indicazione, quegli stessi fenomeni non appaiono in effetti più disordinati e ingestibili, ma piuttosto frutto di una impostazione giuridica ben precisa e affatto casuale.

La soluzione che Roma offre alle questioni giuridiche infatti non è mai affidata al caso ma, piuttosto, è fondata e plasmata sulle singole fattispecie concrete con le loro individualità e specificità. Un approccio casistico, dunque, quello del diritto romano, che tuttavia non vuole alimentare l'incertezza, ma anzi ricercare la soluzione maggiormente confacente al caso concreto, la soluzione «*bona et aequa*», ispirata a ragioni di equità e di ragionevolezza.

Si tratta, in sostanza, di quell'atteggiamento che, andato perduto con le grandi codificazioni ottocentesche, oggi si cerca in parte di restaurare, attraverso il recupero dell'approccio casistico di matrice anglosassone e proprio dei sistemi di *common law*. Quest'ultimo è, infatti, alla base della prospettiva rimediale che oggi sempre più spesso viene invocata come la 'panacea' del male rappresentato dall'irrigidimento della fattispecie legale, tipico dei sistemi di *civil law*, che non a caso oggi ne stanno subendo gli effetti negativi, ulteriormente acuiti dalla attuale crisi del sistema delle fonti, che hanno oramai perso ogni riferimento di confine.

Ecco che allora in questo panorama l'unica ancora di salvezza è appellarsi alla ragionevolezza, che nel firmamento dei principi giuridici rappresenta «la stella polare» in grado di indicarci la strada ed orientare rettamente le nostre

scelte in ogni settore del diritto; ma ancor più, dal momento che il diritto nasce ed esiste per regolare le nostre vite, in ogni ambito delle nostre relazioni sociali.

Ma questa ragionevolezza, oggi tanto invocata e rincorsa dagli operatori del diritto, pratici e teorici, che sempre più spesso ad essa si appellano per avvalorare le proprie decisioni e le proprie teorie, era l'anima stessa del diritto romano, che attraverso lo *ius controversum* costantemente la rinnova e la rinvigorisce. A conferma del fatto che ciò che oggi strenuamente rincorriamo come un obiettivo da raggiungere e come un monito per il futuro, a ben vedere, costituisce in verità parte del nostro passato: un passato che non è un fossile da spolverare e osservare dal vetro di una bacheca, ma rappresenta il basamento su cui si regge l'architettura del nostro presente: è uno dei cromosomi di cui è composto il nostro corredo genetico che, talvolta rimasto a lungo latente, non può per ciò stesso dirsi scomparso ed è, anzi, pronto a manifestarsi nuovamente nelle generazioni future.

Volendo, dunque, tirare le fila del nostro discorso e concludere in merito agli esiti della ricerca, possiamo affermare che, pur nell'eterogeneità dei risultati parziali, frutto del più volte richiamato *ius controversum*, gli studi condotti hanno dimostrato una linea di tendenza comune, una sorta di *fil rouge* in grado di tenere insieme fenomeni tra loro *prima facie* distanti. Questa tendenza è riscontrabile, in particolare, nell'esigenza, atavica e insopprimibile, di offrire risposta a situazioni che, pur formalmente non rientranti nella fattispecie legale o *lato sensu* giuridica, cionondimeno ne condividono la sostanza. Si ritiene cioè che tutti i fenomeni analizzati, pur nel rispettivo contesto di riferimento e con le dovute differenziazioni, siano espressivi di una medesima analoga tendenza, di una sorta di necessità superiore, che in maniera non dissimile le origina e le alimenta. Questa disvelata tendenza affonda, in verità, le proprie radici in un fenomeno connaturato ad ogni esperienza giuridica, quale che sia il contesto o l'epoca storica di riferimento. Si tratta della immanente tensione tra 'fatto' e 'diritto' che da sempre anima l'ordinamento e impegna gli interpreti del diritto, alla continua incessante ricerca di un delicato punto di equilibrio che tenga insieme i due universi, quello del *factum* e quello del *ius*. Due universi che, nella loro apparente separazione e incomunicabilità, finiscono spesso per collidere, creando brecce sempre più fitte e profonde nel muro di confine che, pur destinato a rimanere in piedi, manifesta a tratti una certa cedevolezza. Ed è così che, non

di rado, si verificano fenomeni di osmosi, che alimentano situazioni di ‘apparenza’, in cui fatto e diritto si confondono e si fondono in un dolce abbraccio, talora però foriero di rischi per l’osservatore esterno che, tendendo la mano verso il diritto si trova, invece, ad afferrare il fatto. Ma, allora, per riemergere da questo mare in tempesta e riuscire ad orientarsi tra le onde del fatto e del diritto, è necessaria una bussola, in grado di indicarci la via da percorrere: ed ecco che, prontamente, vengono in nostro soccorso i principi fondamentali – certezza del diritto, legittimo affidamento e buona fede – che, come una squadra di «supereroi» riportano il *cosmos* dove prima c’era il *caos*, consentendo all’interprete di scovare la soluzione «*bona et aequa*» che giace sul fondale del mare giuridico.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

Fonti pregiustinianee		1.113	280 nt. 129
		1.119	57 nt. 104
<i>LEGES XII TABULARUM</i>		1.132	275 nt. 118
4.1	105 nt. 39; 275 nt. 118	1.144	167 nt. 78; 179 nt. 16
5.4	45 nt. 79	1.190	167 nt. 78
5.5	45 nt. 79	1.192	181 nt. 21
6.3	112 nt. 50	1.196	252
		2.52	111
<i>COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM</i>		2.53	112
		2.54	110 nt. 46; 112
4.6.1	304 nt. 187	2.55	114; 115
4.8.1	274 nt. 117	2.56	115; 117
		2.57	116
<i>GAI INSTITUTIONES</i>		2.58	110
1.59	244 nt. 43	2.59	107 nt. 43; 108 nt. 44
1.98	272 nt. 113	2.60	107 nt. 43
1.99	272 nt. 113	2.61	107 nt. 43
1.110	279 nt. 125	2.86	180 nt. 19
1.111	280 nt. 131	2.87	180 nt. 19; 181 nt. 21
1.112	279 nt. 127	2.88	180 nt. 19

2.89	180 nt. 19	4.75	276 nt. 121
2.90	180 nt. 19	4.8	111 nt. 47
2.91	180 nt. 19	4.34	44 nt. 74; 45 nt. 77
2.92	180 nt. 19	4.35	44 nt. 74
2.93	180 nt. 19	4.36	44 nt. 74
2.94	180 nt. 19	4.37	44 nt. 74; 47 nt. 83
2.95	180 nt. 19	4.38	44 nt. 74; 183 nt. 25
2.153	109 nt. 45	4.83	183 nt. 25
2.154	109 nt. 45	4.84	200 nt. 63; 205 nt. 72
2.155	109 nt. 45	4.144	75
2.156	109 nt. 45		
2.157	109 nt. 45	<i>DOMITII ULPANI INSTITUTIONUM FRAGMENTA VINDOBONENSIA</i>	
2.158	109 nt. 45	4	101 nt. 34
2.159	109 nt. 45		
2.161	109 nt. 45	<i>TITULI EX CORPORE ULPANI</i>	
2.162	109 nt. 45	3.3	231 nt. 23
3.26	46 nt. 80	5.2	241; 242; 242 nt. 38;
3.110	160 nt. 71		246 nt. 52
3.111	160 nt. 71	5.3	242; 242 nt. 38
3.112	160 nt. 71	5.4	242 nt. 38; 243
3.113	160 nt. 71	5.5	242 nt. 38
3.114	160 nt. 71	5.6	242 nt. 38
3.155	200 nt. 63	5.7	242 nt. 38
3.183	111 nt. 47	5.8	242 nt. 38
3.195	111 nt. 47	5.9	242 nt. 38
3.209	111 nt. 47	7.1	284 nt. 144

10.1	275 nt. 118	3.3.47	197 nt. 53
11.28	251 nt. 65	4.4.23	197 nt. 53
13.1	257	5.3.11.pr.	84 nt. 21; 85
13.2	258	5.3.11.1	87
		5.3.12	84 nt. 23; 88
		5.3.13.pr.	88
<i>Corpus Iuris Civilis</i>		5.3.13.1	90
		5.3.13.2	91
		5.3.13.3	92
<i>INSTITUTIONES IUSTINIANI</i>		5.3.13.4	93 nt. 31
1.10.1	246 nt. 49	5.3.13.5	93 nt. 32
1.22.pr.	253 nt. 69; 253 nt. 71	5.3.13.6	93
4.8.1	276 nt. 121	5.3.13.7	94
13.3	126 nt. 9	5.3.13.8	96
		5.3.13.9	96
<i>DIGESTA</i>		5.3.13.10	97
1.1.1.pr.	219 nt. 88	5.3.13.11	98
1.1.7.pr.	86 nt. 25	5.3.13.12	99
1.1.7.1	49 nt. 88; 86 nt. 25	5.3.13.13	101
1.7.1.pr.	272 nt. 113	5.3.13.14	102
1.7.1.1	272 nt. 113	5.3.13.15	103
1.14.3	23	5.3.20.6a	104 nt. 36
2.14.2.pr.	177 nt. 13	5.3.25.16	104 nt. 38
3.2.9.1	249 nt. 59	5.3.25.17	104
3.3.1.pr.	189; 200 nt. 63	5.3.25.17a	105
3.3.1.1	182; 191	12.1.18.pr.	52 nt. 93
3.3.42.2	200 nt. 63		

12.1.18.1	52 nt. 93	23.2.5	177 nt. 13
12.1.32	52 nt. 94	23.2.9.pr.	248 nt. 56
13.1.18	146	23.2.16.1	248 nt. 56
13.4.2.7	159 nt. 68	23.2.19	247 nt. 53
13.4.9	159 nt. 68	23.2.21	247 nt. 54
17.1.8.3	197 nt. 53	23.2.22	247 nt. 54
17.1.8.6	197 nt. 53	23.2.35	260 nt. 86
17.1.10.3	200 nt. 63	23.2.41.pr.	258 nt. 80
17.1.31	197 nt. 53	23.2.43.pr.	257 nt. 77
17.1.55	200 nt. 63	23.2.43.1	257 nt. 77
17.1.60.4	195 nt. 49	23.2.43.4	257 nt. 77
18.1.1.2	177 nt. 13	23.2.43.6	257 nt. 77
18.1.9.pr.	52 nt. 95	23.2.44.pr.	256
18.1.9.1	53 nt. 95	23.2.44.1	256
18.1.9.2	53 nt. 96	23.2.65.pr.	260
18.1.10	53 nt. 96	23.2.65.1	260
18.1.11.1	53 nt. 96	23.3.39.1	251 nt. 64
18.1.14	53 nt. 96	24.1.1	282; 284
18.1.41.1	53 nt. 96	24.1.3.1	285; 287
19.1.21.2	53 nt. 96	24.1.3.10	283 nt. 140
23.1.7	249	24.1.5.8	285 nt. 145
23.1.9	252 nt. 68	24.1.31.7	278 nt. 139
23.1.11	248	24.1.31.8	284 nt. 142
23.2.2	248	24.1.32.2	287 nt. 148
23.2.3	248 nt. 56	24.1.32.8	260 nt. 86
23.2.4	253	24.1.32.19	237 nt. 34

24.1.32.27	252 nt. 68	46.2.10	161 nt. 73
24.1.64	288 nt. 151; 289 nt. 155	46.3.10	161 nt. 73
25.7.1.1	268	46.3.12.pr.	160 nt. 69
25.7.4	270	46.3.12.1	160 nt. 69
26.1.1.pr.	180 nt. 18	46.3.12.2	160 nt. 69
28.1.12	48 nt. 86	46.3.12.3	160 nt. 69
28.5.9.pr.	52 nt. 94	46.3.12.4	160 nt. 69
28.5.87(86)	109 nt. 45	46.3.18	209; 209 nt. 81; 212
28.7.12	109 nt. 45	46.3.34.3	210; 212
29.1.7	260 nt. 86	46.3.38.1	210
29.1.33.pr.	260 nt. 86	46.3.57.pr.	161 nt. 72
29.2.57	109 nt. 45	46.3.57.1	161 nt. 72
32.37.3	158 nt. 66	46.3.59	157 nt. 63
35.1.15	246 nt. 50	46.3.71.pr.	157 nt. 64
37.11.8.2	53 nt. 95	46.3.81.pr.	157 nt. 64
38.10.10.4	272 nt. 113	46.3.87	197 nt. 53
41.5.1	108	46.3.95.6	157 nt. 64
41.5.3	118	46.3.95.7	157 nt. 63
41.5.4	111	46.3.98.6	158 nt. 67
43.30.1.5	237 nt. 34	47.2.1	111 nt. 47
45.1.38.17	180 nt. 19	47.2.43.pr.	138; 139; 202 nt. 66; 205 nt. 74
45.1.75.8	158 nt. 65	47.2.43.1	139; 141 nt. 41; 202 nt. 65; 205; 206
45.1.118.2	157 nt. 65	47.2.44.pr.	202; 208
45.1.141.5	158 nt. 67	47.2.81(80).6	215; 215 nt. 86
46.1.23	157 nt. 64		
46.1.34	157 nt. 64		

47.8.2	111 nt. 47	50.16.42	258 nt. 80
47.10.17.16	200 nt. 63	50.16.144	266
48.5.4.1	293 nt. 166	50.16.220	231 nt. 23
48.5.7	259	50.17.1	17 nt. 20; 17 nt. 22
48.5.14(13).pr.	297	50.17.54	14; 72 nt. 11
48.5.14(13).1	245 nt. 47;	50.17.133	181 nt. 21; 277 nt. 123
	296 nt. 172; 297; 302;		
	302 nt. 182-183; 301 nt. 182	<i>CODEX IUSTINIANUS</i>	
48.5.14(13).3	304 nt. 187	2.11.5	260 nt. 86
48.5.15(14).2	293 nt. 165	5.5.3.pr.	243 nt. 40
48.5.25(24).3	293 nt. 165	5.16.2	286
48.5.41(40).pr.	293 nt. 166	5.60.3	253 nt. 70-71
49.15.12.3	249 nt. 59	6.21.3	260 nt. 86
49.15.21.pr.	231 nt. 23	7.29.4	118 nt. 65
49.17.6	260 nt. 86		
49.17.7	260 nt. 86	<i>NOVELLAE IUSTINIANI</i>	
49.17.8	260 nt. 86	117.10	288 nt. 154
49.17.9	260 nt. 86	140.1.1	288 nt. 154
49.17.13	260 nt. 86		

FONTI LETTERARIE

AMBROSIUS					
<i>Hexaemeron</i>					
5.18.58	274 nt.	114			
CATULLUS					
<i>Carmina</i>					
85		1			
CICERO					
<i>De officiis</i>					
1.17.54	231; 250 nt.	63			
<i>In Verrem</i>					
2.2.12.31		46			
<i>Pro Caecina</i>					
19.55		185			
20.57		187			
<i>Pro Tullio</i>					
3.7	111 nt.	47			
13.31	111 nt.	47			
<i>Topica</i>					
42	190 nt.	41			
DIONYSIUS HALICARNENSIS					
<i>Antiquitates Romanae</i>					
2.15.2	274 nt.	117			
2.27.1-3	275 nt.	118			
AULUS GELLIUS					
<i>Noctes Atticae</i>					
10.2.2	255 nt.	76			
10.23.5	254 nt.	74			
HORATIUS					
<i>Carmina</i>					
4.5.21-24	255 nt.	75			
TITUS LIVIUS					
<i>Ab Urbe condita</i>					
34.3.2	254 nt.	74			
OVIDIUS					
<i>Amores</i>					
3.2.49	255 nt.	75			
PLAUTUS					
<i>Aulularia</i>					
3.8.55 ss.	284 nt.	141			
<i>Pseudolus</i>					
607 ss.		185			
PROPERTIUS					
<i>Elegiae</i>					
2.7.14	255 nt.	75			
3.5.1	255 nt.	75			
SENECA MAIOR					
<i>Controversiae</i>					
10.4.16	274 nt.	114			
SENECA PHILOSOPHUS					
<i>Dialogi: De providentia</i>					
1.3.10-11	288 nt.	152			

SERVIUS MARIUS HONORATUS			
<i>Commentarii in Vergilii Aeneidos libros</i>		TIBULLUS	
1.73	242	<i>Elegiae</i>	
		1.6.29	255 nt. 75
SVETONIUS		TERENTIUS VARRO	
<i>De vita Caesarum: Divus Augustus</i>		<i>De vita populi Romani</i>	
2.24	260 nt. 85	2 (<i>Non.</i> 848)	274 nt. 114

FONTI EPIGRAFICHE

FONTES IURIS ROMANI ANTEJUSTINIANI

1.4 275 nt. 117

BIBLIOGRAFIA

~ A ~

- ACCARDI-PASQUALINO G., s.v. *Fictio iuris*, in *N. Dig. it.*, 16, Torino: UTET, 1938, pp. 1104-1105
- ACCETTELLA F., *Pagamento di assegno non trasferibile a persona qualificatasi come rappresentante del prestatore (nota a Cass. Civ., sez. I, 13 maggio 2005, n. 10118)*, in *Banca borsa*, 59/6 (2006), pp. 686-698
- ALBAMONTE A., *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, in *Nuovo dir.*, 49 (1972), pp. 809-814
- ALBANESE U., *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, Milano: Hoepli, 1993
- ALBERTARIO E., *Conceptus pro iam nato habetur*, in *BIDR*, 33 (1923), pp. 1-78
- ALBERTARIO E., *Procurator unius rei*, in *SIGP*, 6 (1921), pp. 87-114 (= *Studi di diritto romano*, 3, Milano: Giuffrè, 1936, pp. 495-521)
- ALBERTARIO E., *Ancora verus e falsus procurator*, in *SDHI*, 2/1 (1936), pp. 167-170
- ALCARO F., *Diritto Privato*, Milanofiori Assago: Wolters Kluwer CEDAM, 2017 (3^a ed.)
- ALONSO J., *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial. Primera parte*, Santiago de Compostela, 2001
- ALONSO J., *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial. Segunda parte*, Santiago de Compostela, 2002
- ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Milanofiori Assago Padova: Wolters Kluwer CEDAM, 2017 (10^a ed.)
- AMARELLI F., *Scienza giuridica e legislazione*, in *SDHI*, 62 (1996), pp. 711-712
- ANDRIOLI V., s.v. *Confessione (civile)*, in *N. Dig. It.*, 3, Torino: UTET, 1938, pp. 762-776
- ANDRIOLI V., s.v. *Confessione. Diritto processuale civile*, in *Noviss. Dig. It.*, 4, Torino: UTET, 1968, pp. 10-25
- ANDRIOLI V., *Presunzioni (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 13, Torino: UTET, 1968, pp. 765-766
- ANDRIOLI V., *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 13, Torino: UTET, 1968, pp. 766-772
- ANDRÉS SANTOS F. J., *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *BIDR*, 103-104 (2000-2001), pp. 317-396
- ANGELICI C., s.v. *Società di fatto ed irregolare*, in *Enc. giur. Treccani*, 29, Roma, 1993
- ANGELICI C., s.v. *Società apparente*, in *Enc. giur. Treccani*, 29, Roma, 1993
- ANGELINI P., *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 230-249

- ANGELINI P., *Il procurator*, Milano: Giuffrè, 1971
- ANGELINI P., *Studi sul procurator*, Milano: Giuffrè, 1968
- ANKUM H., *Quelques problèmes sur le solutionis causa adiectus en droit romain classique*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 1, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 139-161
- ANTOCI B., *Famiglie e convivenze. Profili costituzionali*, Catania: Lulu Publishing Services, 2013
- ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949
- ARANGIO-RUIZ V., s.v. *Usureceptio*, in *Enc. giur. Treccani – Appendice*, Roma, 1938
- ARANGIO-RUIZ V., *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero romano*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 4, Padova: CEDAM, 1950, pp. 55-77
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli: Jovene, 1978 (14^a ed. riveduta, ripr. dell'ed. Napoli: Jovene, 1968)
- ARCHI G. G., *Dote e donazione nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1950
- ARCHI G. G., *L'evoluzione della donazione in epoca postclassica*, in *RIDA*, 5 (1958), pp. 391-426
- ARCHI G. G., *La donazione: corso di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1960
- ARCHI G. G., *Donazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 13, Milano: Giuffrè, 1964, pp. 930-955
- ARNESE A., *Gaio e il geo-diritto: l'aliud ius dei peregrini*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto* (rubrica «Osservatorio: tra diritto romano e attuale»), n. 6, Bari: Cacucci, 2012
- ARNESE A., *La similitudo nelle Institutiones di Gaio*, Bari: Cacucci, 2017
- ARU L., *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova: CEDAM, 1938
- ASPREA S., *La famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 2009
- ASTOLFI R., *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in *SDHI*, 56 (1990), pp. 323-346
- ASTOLFI R., *Rec. Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano (P. Ferretti)*, in *Iura*, 51 (2000), pp. 181-195
- ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova: CEDAM, 2002
- ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova: CEDAM, 2006
- ASTOLFI R., *Sintesi della storia della bigamia in Roma*, in *SDHI* 76 (2010), pp. 281-290
- AURICCHIO A., *La simulazione nel negozio giuridico: premesse generali*, Napoli: Jovene, 1957 (1^a ed.), Napoli: ESI, 1978 (2^a ed.)

~ B ~

- BACCARI M. P., *La difesa del concepito nel diritto romano: dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, Torino: Giappichelli, 2006
- BACCARI M. P., *Curator ventris: il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino: Giappichelli, 2012

- BALESTRA L., *La famiglia di fatto*, Padova: CEDAM, 2004
- BALICE M., *Considerazioni in tema di apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970 e Pretura Milano, 30 maggio 1969)*, in *Giur. mer.*, 4/1 (1972), pp. 78-83
- BALLARANI G., s.v. *Rappresentanza*, in *Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, (diretta da Salvatore Patti), 12, Milano: Il Sole 24 ore: 2007, pp. 640-648
- BALZARINI M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova: CEDAM, 1969
- BANDINI V., *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, E. ALBERTARIO (a cura e con prefazione di), Milano: Giuffrè, 1934, pp. 499-507
- BATTAGLIA F., *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Padova: CEDAM, 2012
- BECHMANN A., *Das ius postliminii und die Lex Cornelia: Ein beitrage zur dogmatik des römischen rechts*, Erlangen: A. Deichert, 1872
- BEDUSCHI C., *Il «ius controversum» fra razionalità e giustizia*, in *Riv. dir. rom.*, 10 (2010)
- BELLINGER A. R., *Rec. Le donazioni fra coniugi in diritto romano (L. Aru)*, in *The Classical Weekly*, 33/1 (2 Ottobre 1939)
- BESSONE M. – DI PAOLO M., s.v. *Apparenza*, in *Enc. giur. Treccani*, 2, Roma, 1988, pp. 1-5
- BESSONE M., *Errore comune e affidamento nella disciplina del contratto (nota a Cass. Civ., sez. III, 29 aprile 1965, n. 773)*, in *Foro it.*, 1 (1966), pp. 1572-1585
- BETTI E., *Consapevole divergenza della determinazione causale del negozio giuridico (simulazione e riproduzione “dici causa” o “fiduciae causa”)*, in *BIDR*, 42 (1934), pp. 299-325
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova: CEDAM, 1942
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, 2, Padova: CEDAM, 1960
- BIANCA C. M., *Diritto civile, 1: La norma giuridica, i soggetti*, Milano: Giuffrè, 2002 (2^a ed.)
- BIANCA C. M., *Diritto civile, 2: La famiglia, le successioni*, Milano: Giuffrè, 2001 (3^a ed.)
- BIANCHI E., *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova: CEDAM, 1997
- BIANCHI E., *Astrazioni e finzioni in tema di personae. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 34 (2006), pp. 111-130
- BIANCHI G., *La simulazione*, Padova: CEDAM, 2003
- BIANCHI E., *Astrazioni e finzioni in tema di personae. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 34 (2006), pp. 111-130
- BIANCHI E., *A proposito del concepito e delle locuzioni “in rerum natura esse” e “in humanis rebus non esse”*, in *Riv. dir. rom.*, 9 (2009)

- BIANCHI E., *Per un'indagine sul principio "conceptus pro iam nato habetur". Fondamenti arcaici e classici*, Milano: Giuffrè, 2009
- BIANCHI E., *Ancora in tema di concepimento: minime osservazioni lessicali ed esegetiche. A proposito della "exceptio rei iudicatae": D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 ad ed.)*, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011)
- BIANCHI E., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su Gai., inst. 2.203 e D. 30.24.pr. A proposito di "cosa futura" e di "concepturus"*, in *Riv. dir. rom.*, 12 (2012)
- BIANCHI E., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1.pr.-1 (Ulp. 24 ad ed.). L'espressione "portio mulieris ... vel viscerum"*, in *Riv. dir. rom.*, 13 (2013)
- BIGIAVI W., *Società occulta, società palese, società apparente (Audizione e legittimazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2 (1957), pp. 528-586
- BILE F., *Rappresentanza e mandato*, in *Enc. for.*, 6, Milano: Vallardi, 1961, pp. 89-99
- BIONDI B., *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milano: Vita e Pensiero, 1939, pp. 141-262
- BIONDI B., *Lex e ius*, in *BIDR*, 67 (1964), pp. 39-71; B. BIONDI, *Lex e ius*, in *RIDA*, 12 (1965), pp. 169-202
- BIRKS P., *Fictions Ancient and Modern*, in MacCormick, Neil, Birks, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 83-101
- BOLAFFI R., *Le teorie sull'apparenza giuridica (note critiche)*, in *Riv. dir. comm.*, 32/1 (1934), pp. 131-148
- BONFANTE P., *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, 1, Roma: G. Bretschneider (Rist. anastatica dell'ed. Torino: Bocca, 1898), pp. 1-13 (= *Scritti giuridici varii*, 3, Torino: UTET, 1926, pp. 250-261)
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano, I: Diritto di famiglia* (rist. 1925), Milano: Giuffrè, 1963
- BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1987 (rist. corr. 10^a ed., ripr. dell'ed. Torino: Giappichelli, 1946)
- BONELLI F., *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*, Milano: Giuffrè, 1968
- BONIFACIO F., s.v. *Delegazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 5, Torino: UTET, 1968, pp. 325-327
- BONILINI G., 2: *La famiglia*, in N. LIPARI – P. RESCIGNO, *Diritto civile*, 1: *Fonti, soggetti, famiglia*, Milano: Giuffrè, 2009
- BORSARI L., *Commentario del Codice civile italiano*, Torino: UTET, 1972
- BORTOLUCCI G., s.v. *Usucapio*, in *N. Dig. it.*, 12/2, Torino: UTET, 1940, pp. 772-775
- BORTOLUCCI G., s.v. *Usureceptio*, in *N. Dig. it.*, 12/2, Torino: UTET, 1940, pp. 806-807

- BOTTA F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei «publica iudicia»*, Cagliari: AV, 1996
- BOTTA F., *'Per vim inferre'. Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari: AV, 2004
- BOTTA F., *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in C. CASCIONE – C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 1, Napoli: Editoriale scientifica, 2007, pp. 439-463
- BRANCA G., s.v. *Adempimento (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 548-554
- BRANCA G., s.v. *Adulterio. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 620-622
- BRETONE M., *"Adquisitio per procuratorem?"*, in *Labeo*, 1 (1955), pp. 280-292
- BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Roma-Bari: Laterza, 1999 (ed. Roma-Bari: Laterza, 2001)
- BRETONE M., *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma: Bardi, 2008
- BRETONE M., *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2 (2011), pp. 11-12
- BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator, I. L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano: Giuffrè, 2007
- BRIGUGLIO F., *Servio Sulpicio e la definizione di tutela: vis ac potestas o ius ac potestas?*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, 1, C. RUSSO RUGGERI (a cura di), Milano: Giuffrè, 2009, pp. 163-179
- BRINI G., *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano (rist. anast. Roma, 1906)*, Roma: Giorgio Bretschneider Editore, 1978
- BROGGINI G., *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?*, in *Synteleia: Vincenzo Arangio-Ruiz*, A. GUARINO – L. LABRUNA (a cura di), 2, Napoli: Jovene, 1964 (= G. BROGGINI, *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1966)
- BROISE S., *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, 1: *Parte generale*, Pisa: Pacini, 1975
- BROISE S., *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, 2: *Parte speciale*, Pisa: Pacini, 1975
- BRUGI B., s.v. *Concubinato (civile, storia del diritto)*, in *Dig. It.*, 8/1, Torino: UTET, 1836, pp. 468-526
- BRUGI B., s.v. *Contubernium*, in *Dig. It.*, 8/1, Torino: UTET, 1898-1900, pp. 552-556
- BRUGI B., s.v. *Contubernium*, in *N. Dig. it.*, 14, Torino: UTET, 1938, pp. 178-182
- BRUNETTA D'USSEAU F. (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002
- BRUNETTI G., *L'erede apparente: (art. 933 cod. civ. it.)*, in *AG*, 55 (1895), pp. 1160-1600

- BRUNETTI G., *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente (art. 933 Cod. civ. it.)*, Bologna: Tipografia Alfonso Garagnani e figli, 1895
- BRUNO D., *Principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento: non invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 giugno 2016, n. 12273)*, in *www.salvisjuribus.it*, 2 settembre 2016
- BRUTTI M., *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55 (2012), pp. 75-124
- BURDESE A., *Gli istituti del diritto privato romano*, Torino: UTET, 1962
- BURDESE A., "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, in *BIDR*, 74 (1971), pp. 61-82
- BURDESE A., *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI*, 37 (1971), pp. 307-328
- BURDESE A., *Sul 'procurator' cit.*; M. KASER, *Das römische Privatrecht, 2. Das nachklassischen Entwicklungen*, München: Beck, 1975
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino: UTET, 1993 (4^a ed.)
- BURDESE A., *Rec.*, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi sviluppi vicende (M. A. Fenocchio)*, in *SDHI*, 78 (2012), 753-757
- BUSNELLI F. D., s.v. *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, 15, Milano: Giuffrè, 1966, pp. 198-208
- BUSNELLI F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 48/4 (2002), pp. 509-529
- BUSNELLI F. D. – BRUCH C. S., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli: ESI, 1988
- BUTERA A., s.v. *Usucapione*, in *Dig. It.*, 24, Torino: UTET, 1921, pp. 115-120
- BUTERA A., *Sull'apparenza del diritto, con riguardo agli acquisti dei terzi in mala fede dalle anonime fittizie*, in *Foro it.*, 4 (1934), pp. 73-81
- BUTERA A., *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, in BUTERA A., *Della frode e della simulazione*, 2, Torino: UTET, 1936
- BUZZACCHI C., *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2002

~ C ~

- CALAIS-AULOY J., *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961
- CALUSI V. E., *Apparenza del diritto e società commerciali (note critiche)*, in *Dir. fall.*, 32/1 (1957), pp. 270-286
- CAMISA G., *L'apparenza del diritto come principio generale (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 gennaio 1985, n. 484)*, in *Foro pad.*, 40/1 (1985), pp. 315-318
- CANALE V., s.v. *Usucapione (diritto civile) – postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, 32, Roma, 1994
- CANFORA F., s.v. *Simulazione*, in *Dig. It.*, 21/3, Torino: UTET, 1895-1902, pp. 411-451
- CANNATA C. A., *Diritto giurisprudenziale e diritto codificato*, in *Labeo*, 45/2 (1999), pp. 240-243

- CANNATA C. A., *Finzioni*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 43-48
- CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 1, Milano: Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, 1972, pp. 243-274 (riportato ora con qualche cambiamento in *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano: Giuffrè, 1976, pp. 161-204)
- CANTARELLA E., *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Roma: Editori Riuniti, 1985
- CANTARELLA E., s.v. *Scioglimento del matrimonio. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, 41, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 648-651
- CANTARELLA E., *La causa d'onore dalla lex Iulia al codice Rocco*, in *Testimonium amicitiae a Franco Pastori*, Milano: Giuffrè, 1992, pp. 71-94
- CANTARELLA E., *L'«usus» e la «conventio in manum»* (Rec. di I. Piro, «Usus» in *manum convenire*), in *Labeo*, 41 (1995), pp. 434-450
- CANTARELLA E., *Ripudio, sacertà, condizione femminile: a partire da una recente interpretazione di Plut., Rom. 22*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich: Helbing & Lichtenhahn, 1999, pp. 15-23
- CANTARELLA E., *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: una storia romana di amore coniugale*, in *BIDR* 39 (1997), pp. 205-219 [= *Storia delle donne*, 1 (2005), pp. 115-131]
- CANTARELLA E., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano: BUR, 2010 (8ª ed.)
- CANTARELLA E., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano: Feltrinelli, 2011 (3ª ed.)
- CANTARELLA E., *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano: Feltrinelli, 2012 (8ª ed.)
- CANTARELLA E. – RICCA P., *Non commettere adulterio*, Bologna: Il Mulino, 2010
- CARAVAGLIOS A., *Non omne quod licet honestum est*, in *Index*, 42 (2014), pp. 662-668
- CARBONE P. L., *Pagamento al rappresentante apparente del creditore: apparenza obiettiva o colpevole?* (nota a Cass. Civ., sez. II, 7 maggio 1992, n. 5436), in *Corr. giur.*, 7 (1992), pp. 759-766
- CARCATERRA A., *L'analisi del 'ius' e della 'lex' in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*, 46-47 (1980-1981), pp. 248-281
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma: Società editrice del Foro italiano, 1951 (3ª ed.)
- CARON P. G., s.v. *Concubinato (canonico)*, in *Noviss. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1967, pp. 1059-1063
- CARRATO A., *Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione*

- comune?* (nota a Cass. Civ., sez. II, 21 marzo 2013, n. 7214), in *Corr. giur.*, 12 (2013), pp. 1535-1542
- CASELLA M., s.v. *Simulazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 47, Milano: Giuffrè, 1990, pp. 593-614
- CASELLI G. C., *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, in *Rivista di storia di diritto italiano*, 37-38 (1964-1965), pp. 163-220
- CASSANO G., *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: i principi*, in *Contr.*, 10/12 (2002), pp. 1169-1173
- CASSANO G., *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contr.*, 11/1 (2003), pp. 72-77
- CASTELLI G., *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR*, 27 (1914), pp. 55-71 (= *Scritti giuridici*, Milano: Hoepli, 1923, pp. 143-163)
- CASTRO SÁENZ A., *Aproximacion a la 'usucapio' pro herede*, in *RIDA*, 45 (1998), pp. 143-208
- CASTRO SÁENZ A., *Sulla fictio iuris*, in *Labeo*, 45/3 (1999), pp. 486-491
- CATALANO P., *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 45-61
- CECCHERINI G., *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus (nota a Cass. Civ., sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299)*, in *Corr. giur.*, 12 (1999), pp. 1501-1510
- CENDERELLI A., *La negotiorum gestio: corso esegetico di diritto romano, I: Struttura, origini, azioni*, Torino: Giappichelli, 1997
- CENTOLA D., *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5 (2012)
- CHIASSONI P., *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 59-87
- CHIAZZESE L., s.v. *Adulterio. Diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, 1/1, Torino: UTET, 1957, pp. 322-323
- CICU A., *Simulazione di società commerciali (nota a App. Milano, 27 dicembre 1934)*, in *Riv. dir. comm.*, 34/2 (1936), pp. 141-153
- CIPRIANI F., *Le finzioni nel processo civile*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 89-106
- COLACINO V., s.v. *Fictio iuris*, in *Noviss. Dig. It.*, 7, Torino: UTET, 1968, pp. 269-271
- COLLINET P., *Les variations de l'usucapion "pro herede" avant Hadrien*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 4, Palermo: Castiglia, 1936, pp. 131-145
- COLOMBATTO M., s.v. *Erede apparente*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino: UTET, 1982, pp. 508-510
- COMINELLI G., s.v. *Ratifica*, in *Dig. It.*, 20/1, Torino: UTET, 1915, pp. 158-168

- COMOGLIO L. P., s.v. *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 8, Roma, 2007, pp. 1-9
- COMPORTI M., s.v. *Usucapione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 32, Roma, 1994
- COPPOLA F., s.v. *Presunzione*, in *Dig. It.*, 19/1, Torino: UTET, 1909-1912, pp. 863-893
- COPPOLA BISAZZA G., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della rappresentanza (corso di diritto romano)*, Milano: Giuffrè, 2008
- COPPOLA BISAZZA G., “*Usucapio pro herede*” – “*aditio hereditatis*”: un rapporto da chiarire, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011)
- COPPOLA BISAZZA G., *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti “post mortem patris”*, in *TSDP*, 8 (2015)
- COPPOLA BISAZZA G., *La capacità di succedere dei concepiti “post mortem patris”: una questione antica*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino: Giappichelli, 2016, pp. 647-657
- CORNIOLEY P., *Rec. Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano (M. Balzarini)*, in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 276-288
- CORSANEGO C., *La repressione romana dell’adulterio*, Roma: Pontificii Istituti Utriusque Iuris, 1936
- COVIELLO L., *La rappresentanza dei non concepiti e la buona fede dei terzi (nota a Cass. Civ., sez. I, 22 maggio 1931)*, in *Foro it.*, 1 (1932), pp. 1315-1320
- CREMIEU L., *De la validité des actes accomplis per l’héritier apparent*, in *Rev. trim. droit civ.*, 9 (1910), pp. 39-82
- CRIFÒ G., *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 31-117
- CRISOLLI K. A., s.v. *Publizitätsprinzip*, in *Hw. Rw.*, 4, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 619-624
- CUGIA S., *L’adiectus solutionis causa: diritto romano classico giustiniano-comune*, Napoli: L. Alvano, 1919
- CUGIA S., *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24. 1 de don. Inter virum et uxorem (Saggio preventivo)*, Napoli: L. Alvano, 1922

~D~

- DALLA D., *‘Ubi Venus mutatur’. Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano: Giuffrè, 1987
- D’AMELIO M., s.v. *Apparenza del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, 1, Torino: UTET, 1957, pp. 714-719
- D’AMELIO M., *L’apparenza del diritto nella giurisprudenza francese*, in *Monitore dei Tribunali*, 75 (1934), pp. 641-643
- D’AMICO P., s.v. *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 29, Roma, 1993
- D’ANGELI F., *Profili della famiglia di fatto: la fattispecie*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 225-295

- D'ANGELI F., *La famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 1989
- D'ANGELO A., *Note sulla voce "fictio iuris" negli antichi dizionari giuridici*, in F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 107-116
- DAUBE D., *The accuser under the lex Iulia de adulteriis*, in *Collected Studies in Roman Law*, 1, Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1991, pp. 561-573
- D'AVANZO W., s.v. *Confessione*, in *Enc. giur. it.*, 3/2 (sez. 4), Milano: Società editrice libraria, 1936, pp. 667-720
- D'AVANZO W., s.v. *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 14, Torino: UTET, 1968, pp. 800-832
- DE BERARDINIS A., *La concezione giuridica dell'erede apparente nel codice civile italiano (contributo all'interpretazione dell'art. 933)*, in *AG*, 73 (1904), pp. 247-304
- DE DOMINICIS M. A., *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'costante matrimonio' la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, 27 [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253
- DE MARCO F., *Rappresentanza e legittimazione processuale nelle società di persone (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 febbraio 1953, n. 514)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 156-158
- DE MARCO F., *Società di fatto e apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 1953, n. 1185)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 179-181
- DE MARCO F., *In tema di società occulta (nota a Cass. Civ., sez. I, 10 aprile 1953, n. 937)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 124-128
- DE MARCO F., *Rapporti interni e manifestazioni esteriori nelle società di fatto (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 aprile 1953, n. 971)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 473-474
- DE MARCO F., *Società occulta ed esteriorizzazione verso i terzi (nota a Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 1953, n. 1474)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/5 (1953), pp. 59
- DE MARTINO F., s.v. *Adiectus solutionis causa*, in *Noviss. Dig. It.*, 1, Torino: UTET, 1957, p. 285
- DE MAURI L., *Regulae juris: raccolta di 2000 regole del diritto eseguita sui migliori testi, con l'indicazione delle fonti, schiarimenti, capitoli riassuntivi e la versione italiana riprodotta dai più celebri commentatori testo adottato nelle università*, Milano: Hoepli, 1928 (ristampa 2004)
- DE MAURI L., *Regulae iuris*, Milano: Hoepli, 1984
- DE ROBERTIS F. M., *La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla*, Bari: Tip. Cressati, 1937
- DE ROBERTIS F. M., *Sul concetto di donazione nel diritto romano*, Bari: A. Cressati, 1939
- DE VISSCHER F., *Conferenze romanistiche, 4: L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, Trieste: Istituto di storia del diritto, 1957

- DELLA CORTE F., *Le leges Iuliae e l'elegia romana*, in *ANRW*, 2, 30, 1 (1982), pp. 539-558
- DESANTI L., *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 443-463
- DESANTI L., *Interpellare de stupro e iniuriae in corpus: P.S. 5, 4, 4* in *AUFE*, 4 (1990), pp. 129-142
- DI MARZO S., *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972
- DI PORTO A., *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a. C. - II sec. d. C.)*, Milano: Giuffrè, 1984
- DI SALVO S., *Ius gentium e lex mercatoria*, in *SDHI*, 80 (2014), pp. 351-358
- DIENI E., *Finzioni canoniche: dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Milano: Giuffrè, 2004
- DISTASO N., *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino: UTET, 1960
- DOGLIOTTI M., s.v. *Famiglia di fatto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, 8, Torino: UTET, 1992, pp. 188-203
- DOMINÈDÒ F. M., *Le anonime apparenti: nuovi problemi nel diritto delle società*, in *Studi Senesi*, 45 (1931), pp. 225-315
- DONATUTI G., *Studi sul procurator, 1. Dell'obbligo a dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in *AG*, 89 (1923), pp. 190-222 (= *Studi di diritto romano*, 1, Milano: Giuffrè, 1976, pp. 103-133)
- DONATUTI G., *Studi sul procurator, 2. Verus et falsus procurator*, in *Annali dell'Università di Perugia: pubblicazione della Facoltà di giurisprudenza*, 33 (1921), pp. 671-701 (= *Studi di diritto romano*, 1, Milano: Giuffrè, 1976, pp. 135-158)
- D'ORS Á., *"Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita": una exégesis de D 24, 1, 11, 7-8 (Ulp. 32 and Sab.)*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 2, Milano: Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, 1972, pp. 471-483
- D'ORSI V., *Sui limiti dell'apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970)*, in *Giust. civ.*, 20/1 (1970), pp. 1313-1315
- DUMONT-KISLIAKOFF N., *La simulation en droit romain*, Paris: Cujas, 1970

~ E ~

- ENDEMANN W., *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht*, Marburg: Elwert, 1959
- EXNER A., *Das Publizitätsprinzip: Studien zum österreichischen Hypothekenrecht*, Wien: Munz, 1870

~ F ~

- FABBRINI F., s.v. *Usucapione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 20, Torino: UTET, 1975, pp. 280-291
- FADDA C., *La nullità delle donazioni fra coniugi*, Città di Castello: Lapi, 1893
- FALZEA A., s.v. *Apparenza*, in *Enc. dir.*, 2, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 682-701

- FALZEA A., *Riflessioni sulla fictio iuris*, in F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 117-134
- FARGNOLI I., *Alius solvit alius repetit. Studi in tema di indebitum condicere*, Milano: Giuffrè, 2001
- FARGNOLI I., *Ricerche in tema di furtum: qui sciens indebitum accipit*, Milano: Giuffrè, 2006
- FAYER C., *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari, 1: La familia romana*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 1994
- FAYER C., *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari, 2: Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2005
- FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari, 3: Concubinato Divorzio Adulterio*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2005
- FAYER C., *La vita familiare dei romani antichi. Dalla nascita al matrimonio*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2016
- FENOCCHIO M. A., *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi sviluppi vicende*, Napoli: Jovene, 2008
- FERRANDO G., *Le unioni di fatto tra disciplina per legge e autonomia privata*, in *Quaderni di diritto politica ecclesiastica*, 1 (aprile 2002), pp. 165-196
- FERRANDO G., *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 4 (2012), pp. 282-289
- FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano: Società editrice libraria, 1913 (1^a ed.), Roma: Athenaeum 1922 (2^a ed.)
- FERRARA F., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 2 (1956), pp. 650-671
- FERRARA F., s.v. *Simulazione nei negozi giuridici*, in *N. Dig. It.*, 17/1, Torino: UTET, 1939, pp. 309-319
- FERRERO G., *Appunti in tema di apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Giust. civ.*, 15/1 (1965), pp. 189-193
- FERRETTI G., *Donazioni tra coniugi, ordine pubblico mens legis e transazione*, Milano: Giuffrè, 1952
- FERRETTI P., *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2000
- FERRETTI P., *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2005
- FERRETTI P., *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse: l'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano: Giuffrè, 2008
- FERRI L. – ZANELLI P., *Della trascrizione immobiliare (art. 2643-2682)*, in *Comm. Cod. civ.*, A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), Bologna: Zanichelli – Roma: Soc. ed. del Foro italiano, 1995 (3^a ed.)
- FINAZZI G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, 1. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli: Jovene, 1999
- FINAZZI G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, 2.1 Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino: Pubblicazioni dell'Università degli studi di Cassino, 2003

- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, Roma: Athenaeum, 1915 (1^a ed.), Milano: Giuffrè, 1968 (2^a ed.)
- FIORI R., *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, 105 (2011), pp. 197-233
- FISCHER O., *Sein und Schein im Rechtsleben*, in *Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik*, 49 (1909), pp. 1437-1462
- FISCHER H. A., *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 117/2 (1919), pp. 143-192
- FONCILLAS J. M., *La "usucapio pro herede"*, in *RCDH*, 82-86 (1931-1932)
- FORLINI P., *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio romano*. Città del Vaticano: Lateran University Press, 2008
- FORTINA M., *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, in www.ildiritto.it
- FORTUNATO A., *Spunti sulla responsabilità in materia di apparenza della situazione giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Temi*, 41 (1965), pp. 1-7
- FOTI G., s.v. *Contubernium*, in *Noviss. Dig. It.*, 4, Torino: UTET, 1968, pp. 769-770
- FRANCESCHELLI F., *Famiglia, convivenza, famiglia di fatto*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, 2, Mantova: Universitas Studiorum, 2017, pp. 25-32
- FRANCESCHELLI V., *In tema di società di fatto e di società apparente (nota a decr. Trib. Milano, 19 giugno 1976)*, in *Giurisprudenza commerciale: società e fallimento*, 5/2 (1978), pp. 149-169
- FRANCHINI L., *Il problema dell'esistenza di un ius controversum in età arcaica*, in *Diritto e Storia*, 13 (2015), pubblicato in dirittoestoria.it
- FRANCIOSI G., *Usucapio pro herede: contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli: Jovene, 1965
- FRANCIOSI G., s.v. *Usureceptio*, in *Noviss. Dig. It.*, 20, Torino: UTET, 1975, pp. 388-390
- FRANCIOSI G., *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino: Giappichelli, 2011 (4^a ed.)
- FRÈ G., s.v. *Rappresentanza (diritto privato)*, in *N. Dig. It.*, 10, Torino: UTET, 1937, pp. 1096-1100
- FRESE B., *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, 1, Gand Paris: Vanderpoorten Sirey, 1926, pp. 325-384
- FRESE B., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 4, Palermo: Castiglia, 1936, pp. 397-449
- FREZZA P., *Lex e nomos*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 1-31
- FRUNZIO M., *Res furtivae: contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino: Giappichelli, 2017

FURNO C., s.v. *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, 8, Milano: Giuffrè, 1961, pp. 870-916

~G~

GAGLIARDI L., *Lo schiavo manager*, in *L'antichità*, 2: Roma, U. ECO (a cura), Milano: Encyclomedia Publishers, 2012, pp. 297-299

GALGANO F., *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale*, in *Contr. impr.*, 3/3 (1987), pp. 702-724

GALGANO F., s.v. *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enc. giur. Treccani*, 16/1, Roma, 1989

GALGANO F., *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 25/6 (2009), pp. 1137-1148

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, 1: *Le categorie generali, le persone, la proprietà, la famiglia, le successioni, la tutela dei diritti*, Padova: CEDAM, 2010 (2^a ed.)

GALLI G., *Il problema dell'erede apparente*, Milano: Giuffrè, 1971

GALLO F., *Rec.: Usucapio pro herede (G. Franciosi)*, in *SDHI*, 32 (1966), pp. 416-426

GALLO F., *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 1-36

GALLO F., *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto e Storia*, 6 (2007), pubblicato in *dirittoestoria.it*

GALLO F., *La 'verità': valore sotteso alla de nozione celsina del diritto*, in *Diritto e Storia*, 7 (2008), pubblicato in *dirittoestoria.it*

GALLO F., *Ars boni et aequi e ius naturale*, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 15-42

GALLO F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino: Giappichelli, 2010

GALLO P., *Introduzione al diritto comparato*, 2: *Istituti giuridici*, Torino: Giappichelli, 2018 (3^a ed.)

GAMBARO A., *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., 8, Torino: UTET, 1992, pp. 342-353

GAMBINO R., *Il principio dell'apparenza: analogia iuris o creazione giurisprudenziale?*, in *Foro pad.*, 49/1 (1994), pp. 329-333

GANDOLFI G., *Sull'origine della "usucapio pro herede"*, in *BIDR*, 61 (1958), pp. 271-293

GARRIDO M. G., *Sorbe los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27-28 (1957-1958), pp. 305-342

GAUDEMET J., *A proposito di negotiorum gestio*, in *Index*, 1 (1970), pp. 269-273

GAUDEMET J., *Justum matrimonium*, in *RIDA* 2 (1949) (*Mélanges Fernand De Visscher*, 1), pp. 309-366 (= *Études de droit romain*, 3: *Vie familiale et vie sociale*, Napoli: Jovene, 1979, pp. 105-162 = con il titolo *Le mariage en droit romain. Justum matrimonium*, in *Sociétés et mariage*, Strasbourg: Cerdic, 1980, pp. 46-103)

- GAUDEMET J., *Ius et leges*, in *Iura* 1 (1950), pp. 223-252 (= *Études de droit romain, I: Sources et théorie générale du droit*, Napoli: Jovene, 1979, pp. 439-470)
- GAUDEMET J., *À propos du "furtum" à l'époque classique*, in *Labeo*, 7 (1961), pp. 7-19 (= *Études de droit romain, I: Sources et théorie générale du droit*, Napoli: Jovene, 1979, pp. 113-127)
- GAZZONI F., *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 31/2 (1981), pp. 260-269
- GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 1983
- GENOVESE M., *Qui cives romani erant, si siculi essent ... qui siculi, si cives romani essent (Cic. Verr. 2.2.12.21): nuovi spunti interpretativi e riflessi sulla valutazione dell'esercizio della iurisdictio nel corso della Praetura sicilensis di Verre*, in *Studi in onore di Remo Martini*, 2, Milano: Giuffrè, 2009, pp. 215-266
- GERBO F., *I contratti di convivenza: rilevanza e contenuti*, in *Vita notarile*, 3 (2007), pp. 1367-1371
- GIERKE O. F., *Deutsches privatrecht*, 1, Leipzig: Dunker & Humblot, 1895
- GIOFFREDI C., *Ius, lex, praetor*, in *SDHI*, 13-14 (1947-1948), pp. 7-140
- GIOFFREDI R., s.v. *Concubinato (penale)*, in *N. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1938, pp. 707-709
- GIORGIANI M., s.v. *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 12, Torino: UTET, 1965, pp. 321-332
- GIUFFRÈ V., *Vicende del divieto di «donatio inter virum et uxorem»*, in *Atti Accad. Napoli*, 83 (1972), pp. 3-25
- GIUFFRÈ V., *Un senatoconsulto ritrovato: il «Sc. De matronarum lenocinio coercendo»*, in *ANA*, 91 (1980), pp. 7-40
- GIUNTI P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano: Giuffrè, 1990
- GIUNTI P., *Donazione (storia del diritto romano)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 7, Torino: UTET, 1991, pp. 161-176
- GIUNTI P., *Ius controversum et separatio bonorum*, Cagliari: Edizioni AV, 1993
- GIUNTI P., *Il valore della convivenza nella struttura del matrimonio romano: rivisitazione di un'antica querelle*, in J. PARICIO (a cura di), *Seminarios complutenses de derecho romano*, 12 (2001), Madrid: Facultad de derecho – Fundación seminario de derecho romano 'Ursicino Alvarez', pp. 133-145
- GIUNTI P., *Consors vitae: matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano: Giuffrè, 2004
- GIUNTI P., *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, 2, Milano: Giuffrè, 2008, pp. 323-348
- GIUNTI P., *Iudex e iuris peritus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in V. MAROTTA – E. STOLFI

- (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2012, pp. 213-251
- GOMEZ-ROYO E., “*Bona fides und usucapio pro herede*”, in *RIDA*, 39 (1992), pp. 167-184
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y., *Il senatoconsulto ‘Giuvenziano’*, in *SDHI*, 57 (2006), pp. 197-227
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y., *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, in Bari: Cacucci Editore, 2008
- GORGONI A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Assago Padova: Wolters Kluwer CEDAM, 2017
- GORGONI A., *La filiazione*, Torino: Giappichelli, 2018
- GRAZIADEI M., s.v. *Ratifica*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, 16, Torino: UTET, 1996, pp. 303-310
- GRAZIANI A., *La rappresentanza senza procura*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli: Jovene, 1953, pp. 1-60
- GRÖSCHLER P., *Rec. I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura (M. Bretonne)*, in *ZRG*, 117 (2000), pp. 578-590
- GROSSO G., s.v. *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 161-163
- GUARINO A., *La concezione celsina del ius*, in *Labeo*, 32/1 (1986), pp. 75-76
- GUARINO A., *La pretura di Barbario Filippo*, in *ANA*, 99 (1988), pp. 273-278
- GUARINO A., *Mecenate e Terenzia*, in *Labeo*, 38/2 (1992), pp. 137-146
- GUARINO A., *Trebazio e il caso di Terenzia*, in *Pagine di diritto romano*, 5, Napoli: Jovene, 1994, pp. 98-108
- GUARINO A., *Il mandato e la procura (rec. A V. Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano)*, in *RISG*, 3 (1949), pp. 483-491 (= *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli: Jovene, 1995, pp. 186-196)
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli: Jovene, 2001 (12^a ed.)
- GUASTINI R., *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 8, Torino: UTET, 1992, pp. 354-356
- GULINA G., *Unioni omosessuali e diritto romano*, in *Archivi di psicologia giuridica*, 5 (2016), pp. 111-127

~H~

- HAMZA G., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index*, 9 (1980), pp. 193-229
- HASE E. F., *Das Jus Postliminii und die Fictio Legis Corneliae*, Halle: C. E. M. Pfeffer, 1851
- HAYMANN F., *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachuebergabe im römischen Recht*, in *BIDR*, 59-60 (1956), pp. 1-45
- HEINITZ E., *Apparenza del diritto e simulazione di società (nota a Cass. Civ. 28 luglio 1943)*, in *Riv. dir. comm.*, 43/2 (1945), pp. 63-69
- HUBER E., *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht: Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern*, Bern: Schmid, Francke, 1894

HUMBERT G., s.v. *Adulterium*, in DAREMBERG CH. – SAGLIO E., *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 1, Paris, 1875, pp. 85-87

~ I ~

IGLESIAS SANTOS J., *Ars iuris*, in *Labeo*, 25/3 (1979), pp. 259-266

IEVA M., *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Rivista del Notariato*, 1 (2001), pp. 37-44

IMARISIO N., *L'apparenza del diritto: profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Milano: Giuffrè, 2015

IMPALLOMENI G., *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura*, 22 (1971), pp. 99-120

~ J ~

JEMOLO A. C., *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Milano: Giuffrè, 1957, pp. 223-241

~ K ~

KASER M., *Rec. M.A. De Dominicis, Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'constante matrimonio' la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253 [anche in *Iura*, 2 (1951), pp. 324-325]

KELSEN H., *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob*, 1919, tr. it. *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, in ID., *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, traduzione e introduzione a cura di A. CARRINO, Napoli: ESI, 1988, pp. 235-265

KLEINFELLER G., s.v. *Lenocinium*, in A. PAULY – G. WISSOWA (et al.), *Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft* 12/2 (1925), pp. 1942-1943

KRANZ W., *Das ius controversum*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 96/2 (1953), pp. 190-191

KRÜCKMANN P., *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 108/2-3 (1912), pp. 179-434

KRÜGER H., *Die "usucapio pro herede" nach klassischem Recht*, in *ZRG*, 54 (1934), pp. 80-97

KUPISZEWSKI H., *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Iura*, 29 (1978), pp. 114-137

~ L ~

LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze: Vallecchi Editore, 1930

- LA ROSA R., *La repressione del «furtum» in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Reggio Calabria: ESI, 1990
- LAS CASAS A., *Accordi prematrimoniali, “status” dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contr.*, 10 (2013), pp. 913-924
- LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino: Giappichelli, 2014
- LAMBERTI F., *Convivenze e unioni di fatto nell’esperienza romana: l’esempio del concubinato*, in G. VIARENGO (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell’incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Torino: Giappichelli, 2017, pp. 1-26
- LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell’elaborazione giuridica romana*, Milano: Giuffrè, 1984
- LAMBERTINI R., «*Stuprum*» violento e ratto, in *Index*, 36 (2008), pp. 505-524
- LAMBRINI P., *L’elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova: CEDAM, 1998
- LAMBRINI P., *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index*, 27 (1999), pp. 317- 332
- LAMBRINI P., *La teoria dei rapporti possessori nella riflessione di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 191-200
- LAMBRINI P., *La natura del possesso nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero, 1: I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Napoli: ESI, 2014, pp. 415-424
- LANCHESTER F. – SERRA T. (a cura di), *“Et si omnes...”: scritti in onore di Francesco Mercadante*, Milano: Giuffrè, 2008
- LANTELLA L., *La concretezza dei Romani come fatto e come valore*, in *Index*, 5 (1974-1975), pp. 24-29
- LEFEBVRE-TEILLARD A., *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *RHD*, 72/4 (1994), pp. 499-525
- LEMOSSÉ M., *Actiones utiles*, in *Index*, 10 (1981), pp. 348-352
- LESSONA C., s.v. *Confessione (materia civile)*, in *Dig. It.*, 8/1, Torino: UTET, 1896, pp. 787-841
- LEVY-BRUHL H., *Nouvelles perspectives sur le mariage romain*, in *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris: Sirey, 1947, pp. 63-79
- LOMBARDI VALLAURI L., *Il fictum nel diritto*, in F. BRUNETTA D’USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 149-157
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L’abuso del diritto nell’esperienza del diritto privato romano*, Torino: Giappichelli, 2013
- LONGO C., *Diritto di famiglia*, Milano: Giuffrè, 1934
- LONGO G., s.v. *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, in *Noviss. Dig. It.*, 9, Torino: UTET, 1968, p. 810
- LONGO G., *Sulla simulazione dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 3, Palermo: Castiglia, 1936, pp. 111-161

- LONGO G. E., s.v. *Pagamento (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 12, Torino: UTET, 1965, pp. 316-321
- LOTUFO R., *Investigação de paternidade e alimentos em favor do nascituro*, in *Index*, 25 (1997), pp. 201-252
- LOVATO A. – PULIATTI S. – SOLIDORO MARUOTTI L., *Diritto privato romano*, Torino: Giappichelli, 2017 (2^a ed.)
- LUONGO M., *Brevi appunti in tema di apparenza del diritto (nota a App. Napoli, sez. III, 30 settembre 1970)*, in *Dir. e giur.*, 3 (1971), pp. 368-376
- LUPOI M., *Possibile creare una struttura di tutela per nuclei riconosciuti e coppie di fatto*, in *Guida al Diritto – Dossier*, 7 (2011), pp. 32-34

~ M ~

- MAC CORMAK G., *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*, in *RIDA*, 25 (1978), pp. 293-305
- MACCHIARELLI G., s.v. *Fictio iuris (concetto razionale e positivo della)*, in *Enc. giur. it.*, 6/2, Milano: Società editrice libraria, 1903, pp. 538-573
- MAGANZANI L., *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 5, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 1-43
- MAIERINI A., *Studi intorno all'art. 933 del Codice civile*, in *La Legge*, 2/12 (1872), pp. 5-6; 14-17; 25-30; 49-55; 73-83
- MALAVOLTA M., *A proposito del nuovo S.C. da Larino*, in *Sesta Miscellanea greca e romana: Studi pubblicati dall'Istituto italiano per la storia antica*, 27 (1978), pp. 347-382
- MANCARI A., s.v. *Concubinato (penale)*, in *Noviss. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1967, pp. 1055-1059
- MARANO V., *Le unioni non matrimoniali: problemi e prospettive di disciplina normativa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (2002), pp. 197-226
- MARINI G., s.v. *Concubinato. Diritto civile*, in *Noviss. Dig. It., App.*, 2, Torino: UTET, 1981, pp. 320-322
- MAROTTA V. – STOLFI E. (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi: atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2012
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo: Palumbo, 1994 (2^a ed.)
- MARTINI R., *Sull'espedito processuale della fictio civitatis*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 5, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 225-237
- MARVASI C., *Inadempienze e risarcimento danni nel mandato: risposte alle questioni sostanziali e processuali nei rapporti fra mandante e mandatario*, Milano: Giuffrè, 2013
- MASI A., *Retroattività della condizione e "donatio mortis causa" fra coniugi*, in *ASD*, 7 (1963), pp. 19-42
- MASIDORIA C., *Libertà e abuso nel diritto romano*, in *Index*, 44 (2016), pp. 549-562

- MAYER-MALY T., *Rec.: Usucapio pro herede* (G. Franciosi), in *Labeo*, 14 (1968), pp. 214-224
- MAZEAUD H., *La maxime 'error communis facit jus'*, in *Rev. trim. droit civ.*, 23 (1924), pp. 929-964
- MCGINN T. A. J., *Concubinage and the 'lex Iulia' on Adultery*, in *TAPhA*, 121 (1991), pp. 335-375
- MCGINN T. A. J., *The SC from Larinum and the Repression of Adultery at Rome*, in *ZPE*, 93 (1992), pp. 273-296
- MCGINN T. A. J., *The Augustan Marriage Legislation and Social Practice: Elite Endogamy versus Male "Marrying Down"*, in *Speculum iuris: Roman law as a reflection of social and economic life in antiquity*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002, pp. 46-93
- MCGINN T. A. J., *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, New York-Oxford: Oxford University Press, 2003
- MEDICUS D., *Zur Leistungsannahme durch den «falsus procurator»*, in *Syntelesia: Vincenzo Arangio-Ruiz, A. GUARINO – L. LABRUNA* (a cura di), 1, Napoli: Jovene, 1964
- MENGONI L., *Gli acquisti "a non domino"*, Milano: Giuffrè, 1994 (3^a ed.)
- MERCOGLIANO F., *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli: Jovene, 2001
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano: Giuffrè, 1972
- METRO A., *Actiones ficticiae*, in *Index*, 29 (2001), 371-375 ; R. SOTTY, *Les actions qualifiées d'«utiles» en droit classique*, in *Labeo*, 25/2 (1979), pp. 139-162
- MEYER H., *Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht*, München: Beck, 1909
- MICCIO R., *Appunti sui limiti del concetto di apparenza nel diritto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 2 (1950), pp. 310-314
- MICELI M., *Sulla struttura formulare delle actiones adiecticiae qualitatis*, Torino: Giappichelli, 2001
- MICELI M., *Rec. Actiones ficticiae. Tipologie e datazione* (F. Mercogliano), in *Iura*, 52 (2001), pp. 300-307
- MICELI M., *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in *Iura*, 53 (2002), pp. 57-176
- MICELI M., *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 209-218
- MICELI M., *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2008
- MIGLIETTA M., *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione della "regula iuris"*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 25 (2002), pp. 187-243
- MILAZZO A., *Falsus procurator: ricerche sull'evoluzione del concetto di falso rappresentante*, Bari: Cacucci, 2012

- MILAZZO F., *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero atti del convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico "G. Boulvert" Copanello, 11-13 giugno 1998*, Napoli: ESI, 2003
- MILELLA O., *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari*, 2 (1966-1967), pp. 377-398
- MINERVINI G., *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del "dominus" (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 giugno 1946, n. 766)*, in *Foro it.*, 1 (1947), pp. 380-383
- MINUSSI D., *Un singolare orientamento della Cassazione sull'apparenza colposa (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020)*, in *Corr. giur.*, 7/2 (1993), pp. 826-833
- MIRA M. L., *Sobre delegación y novación*, in *Labeo*, 46 (2000), pp. 189-220
- MIRABELLI G., s.v. *Ratifica (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino: UTET, 1937, pp. 879-894
- MITTEIS L., *Römisches Privatrecht: bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1908
- MOLÈ M., s.v. *Stuprum*, in *Noviss. Dig. It.*, 18, Torino: UTET, 1971, pp. 582-587
- MONACCIANI L., *Azione e legittimazione*, Milano: Giuffrè, 1951
- MOSCHELLA R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano: Giuffrè, 1973

~ N ~

- NAENDRUP H., *Die Gewere-Theorien*, Münster (Westfalen), 1910
- NARDI E., *Sui divieti matrimoniali delle leggi Augustee*, in *SDHI*, 7/1 (1941), pp. 112-146
- NATOLI U., s.v. *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 38, Milano: Giuffrè, 1987, pp. 463-485
- NICOLÒ R., *La c.d. procura apparente*, in *Raccolta di scritti*, 1, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 357-380
- NICOLÒ R., s.v. *Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 554-567
- NICOSIA G., *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania: Libreria editrice Torre, 2013 (6ª ed.)
- NUTI G. A., *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1986

~ O ~

- OBERTO G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 1991
- OBERTO G., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. impr. Eur.*, 1 (2004), pp. 17-90
- OERTMANN P., *Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 95 (1930), pp. 443-485

- ONIDA P. P., *Il matrimonio dei militari in età imperiale*, in *Diritto e Storia*, 14 (2016), pubblicato in *dirittoestoria.it*
- ONIDA P. P., *Agire per altri o agire per mezzo di altri: appunti romanistici sulla rappresentanza*, Napoli: Jovene, 2018
- ORESTANO A., *Apparenza “colposa”: riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza di S.p.A. (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 settembre 1995, n. 9902)*, in *Corr. giur.*, 6 (1996), pp. 671-680
- ORESTANO R., *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano: Giuffrè, 1951
- ORSOLYA M. P., “*Liberorum quaerundorum causa*”. *L’image ideale du mariage et de la filiation à Rome*, in *RIDA*, 38 (1991), pp. 285-331

~ P ~

- PAJARDI P. (diretto da), *Dizionario giuridico*, Milano: Pirola, 1990
- PALMA A., *Il nascituro come problema ‘continuo’ nella storia del diritto*, in *TSDP*, 7 (2014)
- PALMA A., *Lo ius controversum espressione dell’artificialità del diritto*, in *SDHI*, 81 (2015), pp. 45-96
- PALMA A., *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino: Giappichelli, 2016
- PAPERI O., *Procurator e interpretatio nell’editto ‘unde vi’*, in *SDHI*, 63 (1997), pp. 401-475
- PAPERI O., *Considerazioni sull’origine del procurator ad litem*, in *Labeo*, 48/1 (2002), pp. 37-71
- PARENTI L., *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di furtum usus: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76)pr.*, in *TSDP*, 7 (2014)
- PARICIO J., ‘*Ars iuris*’. *Juan Iglesias, en el recuerdo*, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 493-501
- PASTORI F., *Il negozio verbale in diritto romano*, Milano: Cisalpino, 1994
- PELLARINI A., *La famiglia di fatto*, Milano: Giuffrè, 2003
- PENNITZ M., *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres ... (Gellius 6,15,1). Überlegungen zum furtum usus*)*, in *ZRG*, 134/1 (2017), pp. 147-187
- PENTA M., *L’incapacità sessuale in diritto romano (Rec. D. Dalla)*, in *Labeo*, 27 (1981), pp. 388-406
- PEPPE L., *Rec. La repressione del «furtum» in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere (R. La Rosa)*, in *Iura*, 41 (1990), pp. 173-179
- PEPPE L., *Riflessioni sulla nozione di ‘iustitia’ nella tradizione giuridica europea*, in *Ius Antiquum*, 17 (2006)
- PERLINGIERI P., *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 124-140

- PERLINGIERI P., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 9/2 (1988), pp. 601-617
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2017 (8^a ed.)
- PERNICE A., *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 1, Halle, 1873
- PEROZZI S., *Istituzioni*, 1: *Introduzione, diritto delle persone, le cose e i diritti sulle cose, il possesso*, Roma: Athenaeum, 1928, (2^a ed.)
- PESTALOZZA F., *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano: Società editrice libraria, 1919
- PESTALOZZA F., *La società occulta nella vecchia e nella nuova legge (nota a Trib. Milano, 10 dicembre 1949)*, in *Riv. dir. comm.*, 48/2 (1950), pp. 221-237
- PIETROBON V., s.v. *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, 1, Roma, 1988
- PIRO I., *«Usu» in manum convenire*, Napoli: ESI, 1994
- PISAPIA G. D., s.v. *Adulterio. Diritto penale*, in *Noviss. Dig. It.*, 1/1, Torino: UTET, 1957, pp. 323-333
- POCAR V. – RONFANI P., *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari: Laterza, 1998
- POMA G., *«Servi fugitivi» e schiavi magistrati in età triumvirale*, in *Index*, 15 (1987), pp. 149-174
- PRINGSHEIM F., *Rec. La donazione: corso di diritto romano (G. G. Archi)*, in *ZRG*, 78 (1961), pp. 474-484
- PROVERA G., s.v. *Mandato (storia)*, in *Enc. dir.*, 25, Milano: Giuffrè, 1975, pp. 310-320
- PROVERA G., *Rec. "Formulae ficticiae" – Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto (L. Di Lella)*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 582-586
- PUGLIATTI S., *La trascrizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. CICU – F. MESSINEO (diretto da), 14, Milano: Giuffrè, 1957
- PUGLIATTI S., s.v. *Finzione*, in *Enc. dir.*, 17, Milano: Giuffrè, 1968, pp. 658-673
- PUGLIESE G., *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Padova: CEDAM, 1938
- PUGLIESE G., s.v. *Simulazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 17, Torino: UTET, 1970, pp. 351-359
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Padova: Piccin, 1986
- PUGLIESE G. – SITZIA F. – VACCA L., *Istituzioni di diritto romano*, Torino: Giappichelli, 2012
- PULIATTI S., *Lenocinii crimen*, in F. BOTTA (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione: Atti del Convegno di Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, Torino: Giappichelli, 2003, pp. 147-216
- PULIATTI S., *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in C. CASCIONE – C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 7, Napoli: Editoriale scientifica, 2007, pp. 4491-4523

PULITANÒ F., *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 2009

~Q~

QUADRATO R., *Dal procurator al mandatario*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, 18 (1963), pp. 3-38

QUADRATO R., *D. 3.3.1 pr. E la definizione di «procurator»*, in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 210-224

QUADRATO R., *s.v. Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 38, Milano: Giuffrè, 1987, pp. 417-434

QUADRATO R., «*Maris atque feminae coniunctio*»: «*matrimonium*» e unioni di fatto, in *Index*, 38 (2010), pp. 223-252

QUARTUCCIO D., *Sull'origine dell'«adfectio maritalis»*, in *Labeo*, 24/1 (1978), pp. 51-56

~R~

RABAGNY A., *L'image juridique du monde: apparence et réalité*, Paris: Presses universitaires de France, 2003

RAJNERI E., *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 18 (1997), pp. 311-338

RANDAZZO S., *Mandare: radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano: Giuffrè, 2005

RASI P., *Consensus facit nuptias*, Milano: Giuffrè, 1946

RICCOBONO S., *Jus est ars boni et aequi*, *BIDR*, 7 (1949-1950), pp. 223-236

RICCOBONO S., *La fusione del «ius civile» e del «ius praetorium» in un unico ordinamento*, in *Labeo*, 35/2 (1989), pp. 215-232

RIZZELLI G., *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 411-441

RIZZELLI G., «*Stuprum*» e «*adulterium*» nella cultura augustea e la «*lex Iulia de adulteriis*» (Pap. 1 adult. D. 48.5.6.1 e Mod. 9 diff. D. 50.16.101 pr.), in *BIDR*, 90 (1987), pp. 355-388

RIZZELLI G., *Il crimen lenocinii*, in *AG*, 210 (1990), pp. 457-495

RIZZELLI G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce: Edizioni Del Grifo, 1997

ROBBE U., *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, 4, Milano: Giuffrè, 1978, pp. 631-632

ROBLEDA O., *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma: Libreria Editrice Università Gregoriana, 1970

ROMAGNOLI G., *Società occulta, società apparente ed esigenze equitative*, in *Le Società*, 18/1 (1999), pp. 35-40

ROMANO S., *Contributo esegetico allo studio della simulazione: l'art. 1414 c.c.*, Milano: Giuffrè, 1955

- ROMANO F., *La ratifica nel diritto privato*, Napoli: Morano, 1964
- ROMANO F., *La ratifica nel diritto privato*, (con introduzione di G. Furgiele), Napoli: ESI, 2015
- ROMEO F. (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, San Mauro Torinese: UTET giuridica, 2014
- ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*, Milano: Giuffrè, 2010
- ROPPO E., *Apparenza di procura e imputazione al "dominus" degli effetti del contratto stipulato dal "mandataire apparent" (nota a Cass. Francia, sez. I, 29 aprile 1969)*, in *Foro it.*, 4 (1971), pp. 375-388
- ROPPO V. – BENEDETTI V. M., *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani (aggiornamento)*, 15, Milano, 1999
- ROPPO V., *Diritto Privato*, Torino: Giappichelli, 2018 (6^a ed.)
- ROSA F. L., *L'adiectus solutionis causa e il constitutum debiti*, in *Index*, 36 (2008), pp. 277-284
- ROUSSELLE A., *Concubinatus et adulterium*, in *Opus*, 3 (1984), Firenze: All'Insegna del Giglio, pp. 75-84
- RUGGIERO R., *Il sogno nel cassetto del giurista. "Ius controversum" in una recente memoria lincea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, Bologna: Il Mulino, 2010, pp. 261-270
- RUTSAERT P., *Étude sur la délégation in droit privé romain*, Bruxelles-Paris: E. Bruylant Recueil Sirey, 1929

~ S ~

- SACCO R., s.v. *Affidamento*, in *Enc. dir.*, 1, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 661-668
- SACCO R., s.v. *Apparenza*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1, Torino: UTET, 1987, pp. 353-361
- SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. CICU – F. MESSINEO (diretto da), 7, Milano: Giuffrè, 2000
- SACCONI G., *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1971
- SALANDRA V., *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 30/1 (1932), pp. 290-314
- SALOMONE A., *Intorno alla regula 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, in *TSDP*, 10 (2017)
- SALVADORE M., *Rec. Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia (E. Cantarella)*, in *Rivista di Filologia e di Istruzione classica*, 124 (1996), pp. 475-483
- SANDIROCCO L., *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, in *Labeo*, 50 (2004), pp. 197-230
- SANNA M. V., *Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi*, in *AUPA*, 65 (2010-2011), pp. 201-230
- SANNA M. V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel Diritto Romano classico: matrimonium iustum – matrimonium iniustum*, Napoli: Jovene, 2012

- SAPONE N., *Il falso rappresentante. Principi acquisiti e questioni aperte*, Milano: Giuffrè, 2011
- SARGENTI M., s.v. *Pagamento (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 31, Milano: Giuffrè, 1981, pp. 532-540
- SAVIGNY F. C., *Il diritto romano*, (prima versione italiana), 1, Napoli, 1847
- SAVORANI G., *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Politica del diritto*, 1 (2014), pp. 37-80
- SCALONE G., *Esteriorizzazione del vincolo sociale e sua influenza sul processo formativo della società*, in *Banca borsa*, 14/2 (1951), pp. 291-297
- SCARANO USSANI V., *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino: Giappichelli, 1997
- SCARCELLA A. S., *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI*, 66 (2000), pp. 147-164
- SCHERILLO G. – GNOLI F., *Diritto romano: lezioni istituzionali*, Milano: LED, 2005 (2^a ed.)
- SCHLOSSMANN S., *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1881
- SCIALOJA V., *L'acquisto del possesso per mezzo di terzi secondo il diritto romano e l'attuale (Rec. S. Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung)*, in *La Cultura*, 1/1 (1882), pp. 428-436 (= *Studi giuridici*, 1: *Diritto romano*, 1, Roma: Anonima romana editoriale, 1933, pp. 97-103)
- SCOGNAMIGLIO M., *L'analogia tra tutor e qui officium in provincia gerebat: osservazioni sull'amministrazione provinciale in età classica*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), in *Philia: scritti per Gennaro Franciosi*, 4, Napoli: Satura, pp. 2437-2472
- SEPE A., *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, in *Index*, 36 (2008), pp. 159-176
- SERAFINI F., *Nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano legge XXV § XVII Dig. Lib. V Tit. III De hereditatis petitione*, in *AG*, 20 (1878), pp. 403-426
- SERRAO F., *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano: Giuffrè, 1954
- SERRAO F., *Minima de Diogneto et Hesico: gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, 7, Napoli: Jovene, 1984, pp. 3605- 3618
- SILVESTRI E., s.v. *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 3, Torino: UTET, 1988, pp. 422-431
- SITZIA F., s.v. *Tutela e curatela (diritto romano)*, 2: *Curatela*, in *Noviss. Dig. It.*, 19, Torino: UTET, 1973, pp. 918-919
- SOLAZZI S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, in *BIDR*, 22 (1910), pp. 5-108

- SOLAZZI S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione)*, in *BIDR*, 23 (1911), pp. 119-185
- SOLAZZI S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione)*, in *BIDR*, 24 (1911), pp. 116-169
- SOLAZZI S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione e fine)*, in *BIDR*, 25 (1912), pp. 89-129
- SOLAZZI S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli: Jovene, 1935
- SOLAZZI S., *C. 8, 15, 1 e le facoltà del 'procurator omnium bonorum'*, in *SDHI*, 23 (1957), pp. 297-299
- SOLAZZI S., *La definizione del procuratore*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 142-156 (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli: Jovene, 1957, pp. 557-567)
- SOLAZZI S., *Procuratori senza mandato*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 735-747 (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli: Jovene, 1957, pp. 569-578)
- SOLAZZI S., *Ancora procuratori senza mandato*, in *RIL*, 57 (1924), pp. 302-318 (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli: Jovene, 1957, pp. 609-621)
- SOLAZZI S., *s.v. Tutela e curatela (diritto romano), 1: Tutela*, in *Noviss. Dig. It.*, 19, Torino: UTET, 1973, pp. 915-918
- SOTGIA S., *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma: Società editrice del Foro Italiano, 1930
- SOTTY R., *L'età delle "formulae ficticiae" (Rec. Luigi Di Lella, Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto)*, in *Labeo*, 31/3 (1985), pp. 342-347
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *La data della lex Iulia de adulteriis*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 8, Napoli: Jovene, 2001, pp. 81-96
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli: Jovene, 2010 (3^a ed.)
- SPATAZZA G., *La società di fatto*, Milano: Giuffrè, 1981
- SPERA P., *La società di fatto: recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano: Giuffrè, 2008
- STEIN P., *Regulae iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh: University Press, 1966
- STINTZING W., *Besitz, Gewere, Rechtsschein*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 109/3 (1912), pp. 347-435
- STOLFI G., *L'apparenza del diritto (Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Modena letta il 23 novembre 1933)*, Modena: Università degli studi, 1934 (= *Le prolusioni dei civilisti*, 2, 1900-1935, Napoli: ESI, 2012, pp. 2125-2174)
- STOLFI G., *Note minime sull'apparenza del diritto (nota a Cass. Civ., sez. II, 17 marzo 1975, n. 1020)*, in *Giur. it.*, 1 (1976), pp. 797-800

~T~

- TAFARO S., *Diritto alla vita e infanticidium*, in *Diritto e Storia*, 12 (2013), pubblicato in *dirittoestoria.it*
- TALAMANCA M., *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, Torino: Giappichelli, 1969
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1990
- TALAMANCA M., *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12, 4, 3, 7*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), pp. 1-82
- TAMBURI F., *Intorno a una scelta terminologica impropria in tema di contubernio servile*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2010, pp. 395-418
- TAMBURI F., *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *SDHI*, 77 (2011), pp. 667-681
- TAMBURI F., *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana, I: Cicerone*, Napoli-Roma: ESI, 2013
- TAMMARO M., *Apparenza del diritto e contratto concluso dal falsus procurator*, in *Obbl. e contr.*, 8/3 (2012), pp. 191-207
- TARANTO G., s.v. *Concubinato (civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, 8, Torino: UTET, 1967, pp. 1053-1055
- TARDIVO R., *L'erede apparente*, Padova: CEDAM, 1932
- TARTUFARI A., *Del possesso qual titolo di diritti, 2. Del possesso qual titolo apparente universale, rubr. I, Qual sia l'erede apparente*, Torino: Fratelli Bocca, 1878
- TARUFFO M., s.v. *Presunzioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 27, Roma, 1991
- TARUFFO M., *Osservazioni su finzioni giuridiche e processo civile*, in F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 221-233
- TERRENI C., *Me puero venter erat solarium: studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa: Plus-Pisa University Press, 2009
- TERRENI C., *Quae Graeci phaytasmata vocant: riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa: Pisa University Press, 2013
- THOMAS J. A. C., *Accusatio adulterii*, in *Iura*, 12 (1961), pp. 65-80
- THOMAS J. A. C., *Rei hereditariae furtum non fit*, in *TvR*, 36/4 (1968), pp. 489-508
- THOMAS J. A. C., *A note on 'falsus procurator'*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 2, Torino: Giappichelli, 1968, pp. 407-420
- TODESCAN F., *Diritto e realtà: storia e teoria della fictio iuris*, Padova: CEDAM, 1979
- TOMASETTI C., *Rappresentanza senza potere*, in P. CENDON, *La responsabilità civile, I. La colpa nella responsabilità civile*, Torino: UTET, 2006
- TOMULESCU C. ST., *Gaius 2, 55 e l' "usucapio pro herede"*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 4, Torino: Giappichelli, 1971, pp. 417-455

- TORRENTE A., *In tema di procura apparente (nota a Cass. Civ., 14 dicembre 1957, n. 4703)*, in *Foro it.*, 1 (1958), pp. 391-392
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2017 (23^a ed.)
- TRABUCCHI A., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (1988), pp. 19-42
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Assago Milano Padova: Wolters Kluwer CEDAM, 2017 (48^a ed.)
- TRANIELLO S., *Preposizione institoria ed apparenza: brevi note su orientamenti giurisprudenziali vecchi e nuovi (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020)*, in *Giur. it.*, 1/1 (1993), pp. 2087-2092
- TRANQUILLO C., *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 4 (1996), pp. 426-440
- TREGGIARI S., *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford: Clarendon Press, 1991
- TURNER R. W., *The equity of redemption*, in *Harvard Law Review*, 45/7 (May 1932), pp. 1279-1281
- TUZET G., *Finzioni giuridiche e letterarie: è possibile una teoria unificata?*, in *Dossier diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, in M. P. MITTICA (a cura di), *Atti del Primo Convegno Nazionale, Bologna, 27-28 maggio 2009*, pp. 50-75, pubblicato on-line negli ISLL-Papers: ISLL – Italian Society for Law and Literature, 2010

~ V ~

- VACCA L., s.v. *Usucapione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Milano: Giuffrè, pp. 989-1022
- VACCHIANO M., *Il fallimento della società di fatto*, Milano: Giuffrè, 2004
- VENEZIAN G., *La tutela dell'aspettativa, Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Bologna (letta il 7 marzo 1900)*, Bologna: Zanichelli, 1900 (= *Opere giuridiche*, 2: *Studi sui diritti reali e sulle trascrizioni, le successioni, la famiglia*, Roma: Athenaeum, 1920, pp. 159-180)
- VENTURINI C., «*Accusatio adulterii*» e politica costantiniana (Per un riesame di CTH 9, 7, 2), in *SDHI*, 54 (1988), pp. 66-109
- VENTURINI C., *Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii*, in F. LUCREZI – G. MANCINI (a cura di), *Crimina e delicta nel tardo antico: atti del Seminario di studi, Teramo 19-20 gennaio 2001*, Milano: Giuffrè, 2003, pp. 17-37
- VERGA A., *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. dir. priv.*, 10/1 (1940), pp. 193-208
- VERHAGEN H. L. E., *The liability of the falsus procurator*, in *ERPL*, 17/6 (2009), pp. 1003-1010

- VIARENGO G. (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell'incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Torino: Giappichelli, 2017
- VILLERS R., *A propos de la disparition de l'«usus»*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 28/4 (1950), pp. 538-547
- VINCENTI U., *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione tra coniugi*, in *Index*, 25 (1997), pp. 451-470
- VOCI P., *Diritto ereditario romano, 1: Introduzione, parte generale*, Milano: Giuffrè, 1967
- VOCI P., *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31 (1980), pp. 37-100 (= *Studi di diritto romano*, 2, Padova: CEDAM, 1985, pp. 397-463)
- VOCI P., *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura*, 38 (1987), pp. 72-148
- VOCI P., *Ars boni et aequi*, in *Index*, 27 (1997), pp. 1-22
- VOLTERRA E., *Per lo studio del reato di bigamia*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, E. ALBERTARIO (a cura di), Milano: Giuffrè, 1934, pp. 387-447
- VOLTERRA E., *Ancora sulla manus e sul matrimonium*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli: Jovene, 1948, pp. 676-688
- VOLTERRA E., *Quelques observations sur le mariage des filiifamilias*, in *RIDA*, 1 (1948), pp. 213-242
- VOLTERRA E., *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 2, Milano: Giuffrè, 1950, pp. 347-384 (= *Scritti giuridici*, 2: *Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 283-320)
- VOLTERRA E., *Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa a cittadinanza romana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano: Giuffrè, 1951, 2, pp. 645-672
- VOLTERRA E., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, 4: *Filosofia del diritto, storia del diritto italiano, altre scienze giuridiche e storiche*, Milano: Giuffrè, 1963, pp. 639-658
- VOLTERRA E., s.v. *Conubium*, in *Noviss. Dig. It.*, 4, Torino: UTET, 1968, pp. 786-787
- VOLTERRA E., s.v. *Divorzio. Diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, 6, Torino: UTET, 1968, pp. 62-64
- VOLTERRA E., s.v. *Sponsali*, in *Noviss. Dig. It.*, 6, Torino: UTET, 1970, pp. 3-14
- VOLTERRA E., *Iniustum matrimonium*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 2, Milano: Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, 1972, pp. 441-470
- VOLTERRA E., *Sull'unione coniugale del funzionario della provincia*, Germania, 1972
- VOLTERRA E., *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *BIDR*, 17 (1975), pp. 245-270

- VOLTERRA E., s.v. *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 25, Milano: Giuffrè, 1975, pp. 726-807 (= *Scritti giuridici*, 3: *Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 223-304)
- VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma: Edizioni Ricerche, 1977
- VOLTERRA E., *Consensus facit nuptias. La definizione essenziale giuridica del matrimonio: atti del Colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979*, Roma: Libreria editrice della Pontificia università lateranense, 1980, pp. 44-56
- VOLTERRA E., *Per la storia dell'«accusatio iure mariti vel patris»*, in *Scritti giuridici*, 1. *Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 219-278
- VOLTERRA E., *In tema di «accusatio adulterii». I L'«adulterium» della «sponsa». II L'«adulterium» dell'«uxor in captivitate»*, in *Scritti giuridici*, 1. *Famiglia e successioni*, Napoli: Jovene, 1991, pp. 313-328
- VOLTERRA E., *Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio*, in *Scritti giuridici*, 4. *Le fonti*, Napoli: Jovene, 1993, pp. 521-528
- VOLTERRA E., *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Scritti giuridici*, 7. *Diritto criminale e diritti dell'antico oriente mediterraneo*, Napoli: Jovene, 1999, pp. 209-267

~ W ~

- WATSON A., *Captivitas and Matrimonium*, in *The Legal History Review*, 29/2 (1961), pp. 243-259
- WOLFF H. J., *The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession*, in *The Legal History Review*, 17/2 (1941), pp. 136-183

~ Z ~

- ZABLOCKA M., *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 379-410
- ZATTI P., *Manuale di diritto civile*, Padova: CEDAM, 2015 (6ª ed.)
- ZIMMERMANN R., *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town: Juta & Co., 1990
- ZIRAFÀ V., *L'apparenza del diritto: una recente applicazione del principio nell'ambito delle associazioni dilettantistiche sportive (nota a Cass. Civ., 27 gennaio 2015, n. 1451)*, in www.ildirittoamministrativo.it