

ERNESTO BIANCHI

FICTIO IURIS

Ricerche sulla finzione in diritto romano
dal periodo arcaico all'epoca augustea



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1997

INDICE - SOMMARIO

CAPITOLO I INTRODUZIONE

1. Finalità dell'indagine. Limiti cronologici	Pag.	1
2. Posizione del problema tra cultura religiosa e formazione giuridica. Precisazioni circa i metodi adottati nell'utilizzo delle fonti .	»	4
3. Indagine e percezione della questione nella ricerca romanistica .	»	8
4. Differenti accezioni del termine: in senso generale; definizioni giuridiche. Mancanza di qualsiasi definizione presso i giuristi romani; ragioni del fenomeno. Scelta dell'accezione 'dogmatica' quale metodo di ricerca	»	10

CAPITOLO II LITURGIE RELIGIOSE PREFINZIONISTICHE E FINZIONI DEL DIRITTO SACRO

1. Creazione di forme e di formule. Rigore formale ed esigenza sostanziale di superamento (cenni introduttivi)	Pag.	33
2. Origine della prassi di sostituzione. 'Miti sostitutivi' arcaici nelle fonti afferenti la sfera religiosa. A) Sostituzioni a mezzo di elementi naturali. B) Sostituzioni a mezzo di oggetti creati o di atti. Dalla sostituzione operata in via d'interpretazione alla sostituzione operata per elementi di similitudine con effetto di equivalenza fra quid sostituyente e quid sostituito. Nascita dell'effigie. Fenomeni 'prefinzionistici'. Genesi del fenomeno della finzione nell'ambito del diritto pontificio	»	42
3. Affermazione del principio generale in Serv. <i>Ad Aen.</i> 2, 116. Aspetti fenomenici nel diritto pontificio	»	69
4. Analoghi aspetti nel diritto augurale e nel diritto feziale. A) Diritto augurale: l' <i>ager Romanus</i> (priorità cronologica dello schema augurale rispetto a quello feziale); a) <i>dictio dictatoris</i> ; b) <i>repetitio auspiciozum</i> ; c) casi particolari. B) Diritto feziale: a) l' <i>ager Ho-</i>		

- sticus*. Riscontro del carattere 'provvisorio' di questa finzione; *b*) ricorso alla finzione in un caso di conclusione di *foedus*. C) Cenni alla prassi auspicativa. Problematicità del riscontro di fenomeni finzionistici. D) Riproduzione dello schema in alcune prassi di culti esteri importati in Roma Pag. 88
5. Considerazioni conclusive sulle finzioni di *ius sacrum*. A) Ricerca dei motivi della genesi *in sacris* della *factio*. B) Carattere 'provvisorio' e 'dinamico' delle finzioni di diritto sacro. Impossibilità di qualificare il fenomeno come finzione quando ormai sclerotizzato. C) Materialità e $\mu\acute{\iota}\mu\eta\sigma\iota\varsigma$ della *factio in sacris*. D) Rapporto finzione/simbolo. Inconsistenza della contrapposizione » 144

CAPITOLO III

INFERENZE RIGUARDO ALLA TECNICA
DEL DIRITTO 'LAICO'

1. Considerazioni generali e limiti dell'indagine. 1.1. Opportunità di un esame casistico. 1.2. Necessità del riscontro del modulo finzionistico nella struttura degli atti giuridici. 1.3. Limitazione dell'indagine alle finzioni 'storiche' Pag. 162
2. Rilevazione dello schema finzionistico all'interno di alcuni atti e di alcuni istituti di diritto arcaico o di loro adattamenti avvenuti in epoca repubblicana. 2.1. *Adrogatio*. Necessità di distinguere l'atto in sé dallo schema formale. Analisi della struttura della formula. 2.2. Insufficienza del criterio formale normalmente utilizzato nel rilevamento di una finzione: il caso dell'*usucapio*. Riscontro negativo. 2.3. La categoria della 'finzione mascherante' del Pringsheim. Analisi della formula dell'*acceptilatio*. Riscontro negativo con riferimento alla forma dell'atto descritta da Gai. 3, 169. Ipotesi della presenza di una finzione in una limitata fase transitoria arcaica. 2.4. La *nuncupatio* 'di rinvio' di Gai. 2, 104. Riscontro negativo » 172
3. Rilevazione dello schema finzionistico in problematiche di diritto pubblico » 200
4. Rilevazione dell'elemento sostituyente nelle formule giuridiche arcaiche: *factae legis actiones*. 4.1. Distinzione dottrinarie di due generi di finzioni. 4.2. La *facta pignoris capio* concessa al pubblico. 4.3. Ipotesi tradizionali sulle altre *factae legis actiones*. 4.4. Confutazione della ricostruzione tradizionale. 4.5. Probabile contenuto di Gai. 4, 31a: la *facta pignoris capio* quale unico modulo della categoria. 4.6. (Segue) Il *lege agere damni infecti* quale ipotesi di sopravvivenza della *pignoris capio*. 4.7. Possibile 'paralle-

- lismo' del § 28 e del § 31a. Congetture di altre *fictae pignoris capiones*. 4.8. Considerazioni conclusive: affinità della tecnica rilevata con quella delle finzioni del *ius pontificium* Pag. 205
5. Rilevazione dell'elemento sostituente nel processo formulare. 5.1. Assenza dell'espressione '*formula ficticia*' e consimili salvo che nei *Tituli ex corpore Ulpiani*. 5.2. Esame delle singole finzioni di Gai. 4, 34-38: a) La *fictio* del *bonorum possessor*. Raffronto con la struttura della *fictio 'suisatis'*. b) La *fictio* del *bonorum emptor*. Caratteristiche della tecnica rilevabili attraverso il raffronto fra l'*actio Serviana* e l'*actio Rutiliana*. c) La *fictio* dell'*actio Publiciana*. Supposizione di una *traditio* retrodatata. d₁) La *fictio civitatis*. Preesistenza della finzione alle riforme augustee. Valore delle testimonianze di Cic. *in Verr.* 2, 2, 12, 31 e della *Tabula Contrebiensis*. d₂) La *fictio rescissae capitis deminutionis*. Probabile genesi della finzione in epoca tardo repubblicana. Suo carattere astratto e sua percezione quale elemento fattuale. 5.3. Riscontro dei caratteri comuni delle finzioni di diritto pretorio: A) Corrispondenza dell'elemento supposto ad una 'qualità' giuridica. B) Supposizione di un elemento fattuale. C) Genericità dell'elemento fattuale. D) Tendenza ipostatica delle supposizioni. E) Ragioni specifiche di *aequitas* » 259
6. Riflessi sul versante della *lex*. 6.1. Ragioni del ricorso alle finzioni legislative in diritto romano. 6.2. Riscontro della *fictio* in leggi di carattere generale: a) *lex Cornelia*; b) *lex Iunia*; c) la testimonianza dei *fragmenta Berolinensia*. 6.3. Riscontro della *fictio* in leggi destinate a municipi e colonie: a) le varie *fictiones* rilevabili nella *lex de Gallia Cisalpina*: a₁) il cap. XX; a₂) il cap. XXI; a₃) il cap. XXII; b) la *fictio* della *lex Tabulae Bembinae*; c) la *fictio* della *lex Ursonensis*. 6.4. Caratteristiche delle finzioni legislative » 347
7. Esame delle supposte 'finzioni giurisprudenziali' nel periodo considerato. 7.1. Rilievi preliminari. Nozione di 'finzione giurisprudenziale'. Eterogeneità del termine nella teoria del diritto e negli studi di diritto romano. Insussistenza logica della posizione che fonda l'esistenza della categoria sul *ius publice respondendi*. Erroneità dell'inclusione nella categoria di '*regulae*' estranee ai principi del diritto romano (*conceptus pro iam natus habetur*). Necessità di esaminare le fonti utilizzando la medesima accezione di finzione adottata in precedenza. 7.2. Programma della trattazione. 7.3. Probabile riferibilità della *fictio* dell'istituzione ereditaria '*detracta certa re*' al *ius honorarium*. 7.4. Analisi di alcuni passi indicati quali finzioni giurisprudenziali per la loro struttura formale: a) '*condicio pro impleta habetur*'; b) l'ipotesi di cui in D. 45, 141, 2; c) la forma espressiva '*pro non scripto habetur*'; d) casi

di 'soluzioni finzionistiche' in Gaio. 7.5. Conclusioni: 'metodo finzionistico' quale strumento espositivo ed interpretativo. Non corrispondenza dello strumento alla definizione dogmatica di finzione	Pag. 422
---	----------

CAPITOLO IV

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Conferma della tesi di Demelius: genesi della <i> fictio </i> in ambito sacro	Pag. 481
2. Valenza del fenomeno finzionistico in diritto romano arcaico e sue tendenze evolutive nel periodo considerato	» 483
3. Riscontro della definizione adottata	» 488
<i>Indice analitico delle fonti giuridiche, letterarie ed epigrafiche</i>	» 493
<i>Indice analitico degli autori</i>	» 509