

ANNALI
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO



VOL. XIII (nuova serie)

Estratti

CAMERINO

2024

ANNALI
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO

VOL. XIII (nuova serie)

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi, Ingo Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, condirettori;
Maria Pia Gasperini, Maria Paola Mantovani, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Agostina Latino, Stefano Testa Bappenheim

CONTATTI

rocco.favale@unicam.it – felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA

Scuola di Giurisprudenza - Università degli Studi di
Camerino Via D'Accorso c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla
valutazione positiva mediante referaggio esterno in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino.

MASSIMILIANO VINCI*

*Adversus hostem aeterna fictio: stranieri e actio publiciana***

SOMMARIO: 1. Diritto di proprietà e principio di reciprocità. – 2. Tutela reale per gli stranieri: l'emersione di uno squilibrio. – 3. *Actio Publiciana* e protezione pretoria dell'affidamento negli scambi commerciali. – 4. Potenzialità espansive della *fictio (usucapionis)*. – 5. Stranieri ed *in bonis habere*. – 6. Empirismo dogmatico e concretezza della effettività della salvaguardia *in rem*. – 7. Eternità della finzione e realtà della tutela.

1. La molteplicità di prospettive emerse dalle relazioni dei Colleghi, che ho avuto il piacere di ascoltare, ha fatto chiaramente emergere come l'elemento centrale del tema di ricerca, al centro dei lavori del Convegno, sia il tentativo (più volte reiterato da parte del legislatore moderno) di cancellazione dell'esistenza nella storia di una pluralità di diritti di proprietà – *demania*, appunto, in latino ed al plurale – insistenti sullo stesso bene, in capo ad una pluralità di soggetti. Quello sforzo è stato il frutto – e continua a rappresentarlo nella vigenza contemporanea dell'ordinamento nazionale – di una scelta politica, economica e, soprattutto, giuridica, che ha finito per far considerare la proprietà individuale, assoluta, sovrana, escludente ed esclusiva, come modello unico e sostanzialmente autoimpositivo ed autogiustificativo, rispetto ad ogni forma di appropriazione. Ho impiegato una varietà di aggettivi con l'intento (neppure troppo velatamente provocatorio) di far emergere un elemento, peraltro messo benissimo in luce già dalle parole introduttive di Raffaele Volante: il contenuto astratto, al limite

* Professore associato di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

** Queste sintetiche annotazioni sviluppano il senso di un breve intervento svolto a margine del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006). Il testo cerca di conservare l'immediatezza del colloquio con i Colleghi, che continuo a ringraziare per l'attenta pazienza con la quale hanno ascoltato le mie parole. La bibliografia è limitata all'essenziale.

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *single blind peer-review*.

dell'assioma, del diritto di proprietà, per come ancora oggi disciplinato nella nostra legislazione civilistica.

E proprio quell'astrattezza, di chiara matrice borghese e liberale¹, ha rappresentato anche la ragione della sua generale applicabilità a chiunque, di modo che, cioè, il godimento di 'quella' proprietà (e, in senso più ampio, dei diritti reali) su un bene, fosse indipendentemente dalla condizione giuridica della persona. Tanto è vero che il legislatore italiano del 1865 non aveva sentito affatto l'esigenza di codificare il principio di reciprocità (reintrodotto solamente nel codice del 1942, dall'art. 16 delle "Disposizioni sulla legge in generale", le cd. "preleggi"). Nella visione ottocentesca del Codice civile per il Regno d'Italia, lo straniero godeva di un trattamento paritario col regnicolo e, per il profilo che ora interessa, il suo diritto di proprietà era garantito e tutelato esattamente come quello di un italiano, anche perché non mi sembra difficile sostenere come l'uniformità sia solo un'altra faccia dell'astrattezza.

Oggi, invece, nonostante il processo di globalizzazione sempre più esteso e pervasivo, ad esempio, un cittadino nordcoreano può essere proprietario di un determinato bene in Italia (si pensi ad un complesso industriale) a patto che un cittadino italiano possa esserlo in Corea del Nord.

2. Ovviamente pur se l'esempio vale soltanto come provocazione, non per questo - credo - perde di efficacia come stimolo di discussione. Discussione che muove dall'osservazione di un vistoso squilibrio nel bilancio relativo alla gestione del complesso dei rapporti giuridici che i Romani ebbero con gli stranieri². Se è indubitabile, infatti, l'apertura che i primi dimostrarono nei confronti dei secondi, tanto in rapporto al settore negoziale dei contratti consensuali, attraverso l'impiego della clausola della *bona fides*, quanto in quello processuale, attraverso l'impiego del processo *per formulas*, sono ben

¹ V., per tutti, R. CARDILLI, *Schemi romani dell'appartenenza e modelli di resistenza nella tradizione civilistica*, in *Diritto@Storia*, 16, 2018, on line (ora in *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2023, pp. 219-239).

² Sul punto, v., per tutti, F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, 2020, spec. p. 17 ss.

comprensibili, d'altra parte, le ragioni di maggiore ritrosia nel campo del diritto di famiglia e, di conseguenza, in stretto collegamento a quello, anche nel settore delle successioni.

Eppure, nemmeno il tema della proprietà e, più in generale, dei diritti reali avrebbe visto una possibilità di accesso per gli stranieri, paragonabile ai relevantissimi spazi di autonomia negoziale che lo *ius gentium* e lo *ius honorarium* aveva messo loro a disposizione, in relazione all'operatività degli strumenti giuridici indispensabili per i traffici commerciali su scala sopranazionale.

3. In altre parole, si sarebbe verificata una forte chiusura giuridica, ancor più evidente se comparata, appunto, alla usualità e frequenza della tutela dei rapporti commerciali: un divario così accentuato non avrebbe potuto non condurre ad una grave disfunzione dell'intero sistema degli scambi.

La generale accessibilità della *traditio* quale modo di trasferimento della proprietà³, si sarebbe dimostrata, infatti, insufficiente, qualora l'oggetto della trasmissione fosse stata una *res mancipi*, rispetto alla quale non vi sarebbe stato alcun modo per lo straniero di acquisire qualsiasi posizione giuridica assoluta all'interno dello *ius civile*; si pensi, ad esempio, al commercio di schiavi, rispetto ai quali, l'acquirente straniero proprio perché impossibilitato ad accedere alla *mancipatio*, si sarebbe visto privo di ogni tutela reale civilistica, qualora avesse avuto necessità di una protezione a Roma (v. *infra*, § 6).

Lo iato appare, poi, tanto più considerevole, quanto più si rifletta sui dubbi circa la possibilità per lo straniero di ricorrere a quella formidabile innovazione rappresentata dalla protezione accordata dal pretore, attraverso tutto l'articolato (ed efficacissimo) sistema dell'*in bonis habere* ed in particolare dell'*actio Publiciana*⁴. Si viene così a creare

³ Per un serrato dialogo col manuale di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, p. 416 s., v. B. SIRKS, *A Question about actio Publiciana*, in L. GAROFALO, L. ZHANG (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità (Atti del Convegno internazionale di Shanghai. 13 – 15 novembre 2014)*, Pisa, 2017, pp. 307-320.

⁴ Indispensabile F. GALLO, *Actio Publiciana (in rem)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 267-270. V. per una puntuale disamina della «forse più nota» fra le finzioni pretorie, E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche*

quello schema, del tutto peculiare dei Romani, che già Gaio qualifica *duplex dominium*⁵ e che fa emergere la contrapposizione con l'unica forma di protezione reale (la *reivindicatio*) approntata per l'unica forma di rapporto assoluto di appartenenza fino ad allora (*olim* di Gai. 2.40)⁶ riconosciuto: il *dominium ex iure Quiritium*.

Pur senza scendere qui nei dettagli della dialettica delle parti in giudizio (*exceptio rei venditae et traditae; exceptio iusti domini; replicatio doli*)⁷ basti qui brevemente osservare gli esiti dell'applicazione dell'ipotesi più risalente del mancato impiego della *mancipatio* o della *in iure cessio*, in occasione della compravendita di *res Mancipi*. Ebbene, come notissimo, pur essendo il venditore tenuto contrattualmente soltanto alla garanzia per l'*habere licere*, il compratore – pur se Romano – sarebbe rimasto privo di tutela reale contro i terzi, nel quadro di una compravendita come meri effetti obbligatori. Poiché l'esperibilità *erga omnes* dell'*actio Publiciana* copre, per l'appunto, quella specifica esigenza, l'effetto finale non può che coincidere con la concessione di una sostanziale efficacia reale alla compravendita (che restava, in ogni, caso ad efficacia obbligatoria) indipendentemente dall'idoneità dell'atto di trasferimento.

Ma, quel che vale per un Romano è possibile che valga anche per chi Romano non sia?

4. Il problema «di regola trascurato»⁸ si pone, evidente, a causa della struttura dell'azione. Nello specifico – cosa parimenti notissima – in ragione della *fictio* in essa

sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea, Padova, 1997, p. 294 ss.; adde F. MERCUGLIANO, «Actiones ficticiae». Tipologie e datazione, Napoli, 2001, spec. p. 110 ss.

⁵ Gai. 1,54 *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegatur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

⁶ *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

⁷ F. GIGLIO, *The Concept of Ownership in Roman Law*, in ZSS, 135, 2018, spec. p. 86 s.

⁸ Così, L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 98, nt. 68.

contenuta e, sulla quale, in sostanza, si fonda lo stesso meccanismo di tutela: il tempo dell'*usucapio*. Questo è l'unico requisito dell'*usucapione*, del quale si finge la ricorrenza, dal momento che tutti gli altri devono necessariamente essere presenti (Gai. 4,36 ... *Nam fingitur quia non potest eam rem ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucapisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset ...*).

In tale maniera, e in linea di continuità con l'esempio appena fatto, un Romano, ad esempio, che avesse acquistato uno schiavo senza che il venditore gliene avesse fatta la *mancipatio*, avrebbe dovuto attendere (soltanto) il trascorrere di un anno (*anno possedisset*)⁹ prima che la tutela pretoria divenisse, per lui, superflua. Una situazione provvisoria, dunque, che avrebbe trovato il suo compimento attraverso l'ottenimento del definitivo *dominium* e della relativa *reivindicatio* ma che fino, ad allora, sarebbe stata difesa proprio dell'*actio Publiciana*; con una protezione che, *quo ad effectum*, avrebbe coinciso con l'azione di *ius civile*. Per un Romano, in conclusione, a fronte del medesimo affare della compravendita di uno schiavo senza *mancipatio*, la tutela obbligatoria con l'*actio ex empto* si sarebbe dipanata in parallelo con quella reale dell'*actio Publiciana*, grazie al determinante apporto – su entrambi i fronti – della *iurisdictio* del pretore, integrata dalla *bona fides* dell'*usucapio* da un lato e della *bona fides* dell'*emptio-venditio* dall'altro¹⁰.

Un meccanismo efficiente, dunque, perché riduce al minimo – in termini temporali – la necessità della sua applicazione ed un meccanismo efficace, perché – nel periodo in cui si trova ad operare – riesce a fornire una copertura *erga omnes* totale, al pari della corrispondente azione *iuris civilis*; tante e così rilevanti qualità che viene da pensare alla possibilità che gli stessi Romani ne facessero scientemente ricorso per evitare, in

⁹ Tab. 6,3 (Cic., *top.* 4,23) *usus auctoritas fundi biennium est, – ceterarum rerum omnium – annus est*; con rilevanti differenze, storicamente giustificabili, v. *Ulp. Ep.* 19,8 *Usucapione dominia adipiscimur tam Mancipi rerum, quam nec Mancipi. usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.*

¹⁰ M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Napoli, 1999, p. 111, nt. 94, per cui era «evidente che la c.d. *fictio usucapionis* dipendeva dall'integrazione dei presupposti indicati nella formula stessa, l'*emptio* da parte dell'attore che avesse in buona fede ottenuto la *traditio* di una *res Mancipi*, o di una *res* qualsiasi *a non domino*».

concreto, le difficoltà di dover per forza far ricorso – magari anche su scala seriale – alle complessità formali della *mancipatio*.

Apparirebbe, allora, quasi un controsenso non ammettere – sia pure in forma ipotetica, data la completa assenza di fonti in proposito – che anche gli stranieri potessero godere di un così duttile e funzionale strumento; d'altra parte, l'equiparazione con i Romani per l'ambito obbligatorio non sembra coerente con la loro posizione del tutto subordinata, per non dire 'inesistente', sul piano reale.

5. Si dirà: gli stranieri non avrebbero mai potuto accedere all'*actio Publiciana*, poiché non erano ammessi all'*usucapio*, in quanto *ius proprium civium romanorum* (Gai. 2.65) che conduceva all'acquisto del *dominium ex iure Quiritium*, incompatibile pertanto col loro *status* di *peregrini*.

Ma la (sebbene correttissima) profonda negatività di questa posizione potrebbe essere attenuata attraverso alcuni rilievi.

Gaio qualifica esplicitamente – sempre in 4.36 – la posizione del titolare dell'*in bonis* come quella di colui che *quasi ex iure Quiritium dominus factus esset*: una condizione equiparata, ma assolutamente non coincidente con quella del proprietario quiritario e, proprio perché non coincidente, teoricamente capace di essere assunta anche da chi Romano non fosse.

E quella condizione, se per il Romano non avrebbe più ragione di esistere nel momento in cui egli avesse acquistato il *dominium* attraverso l'usucapione, per lo straniero potrebbe anche immaginarsi come una condizione *sine die*. Assodato, infatti, che egli non potrà mai usucapire per quanto appena detto, gli si potrà concedere, invece, una tutela giuridica pretoria a tempo indeterminato, attraverso una sorta di *aeterna fictio*, parafrasando il precetto di Tab. 6.4¹¹. Si potrebbe, cioè, sempre operare sull'elemento temporale e fingere che il *dies a quo* per l'inizio dell'usucapione (da lui mai realmente conseguibile, si ripete) inizi ogni volta, in cui egli agisca con la *Publiciana*. Tutti gli altri

¹¹ M.F. CURSI, *La mancipatio e la mancipatio familiae*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli, 2018, p. 351 ss.

elementi richiesti per quel simulacro di usucapione sarebbero comunque presenti anche in capo allo straniero. In questo senso, si può immaginare, senza difficoltà, che nel contesto di un contratto di compravendita di una *res Mancipi* la *bona fides* dell'acquirente straniero coincida necessariamente con la *bona fides* quale requisito soggettivo dell'*usucapio* (ovviamente, soltanto in chiave figurata).

Se si consente allora l'impiego di una metafora, si potrebbe sostenere che la 'ripetizione' soltanto dell'elemento della *fictio* temporale avverrebbe come nel pulsante di un cronografo, che azzeri i tempi ogni volta che lo si preme: ogni volta che lo straniero agisce con la *Publiciana*, azzeri il cronografo, che riparte senza mai arrivare al tempo di una impossibile e, (come si chiarirà di qui ad un attimo) per lui inutile anche usucapione.

6. Sì; un'usucapione inutile, quantomeno dal suo punto di vista.

Lo straniero, infatti, è già proprietario (i.e.: l'equivalente di *dominus* nel suo ordinamento) e resta proprietario per un ordinamento, che non conosce la *mancipatio* e per il quale, di regola, la consegna (magari accompagnata dal pagamento del prezzo, nello schema della vendita a contanti, usuale fra i popoli dell'Egeo)¹² trasferisce la proprietà. È, dunque, pienamente protetto nei rapporti sia con i suoi concittadini, sia con tutti gli altri stranieri dal *praetor peregrinus* che *ius dicit ... inter peregrinos*.

Per il resto, egli non ha la passione per le etichette; non gli interessa la qualificazione *ex iure Quiritum*¹³, né si potrebbe neppure facilmente sostenere che sia per lui rilevante la consapevolezza della complessità della portata giuridica di quel sintagma. Non è *Quiris* ed anche se avesse avuto lo *ius commercii*, con la connessa possibilità di compiere i *gesta per aes et libram*, non essendo *civis*, quel *dominium*¹⁴ sarebbe stato per lui un obiettivo irraggiungibile¹⁵.

¹² V., per tutti, M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 320 s.

¹³ Per una lettura originale, ma non sempre limpida, dell'«emersione del dominio quiritario» v. O. SACCHI, «*Ager est, non terra*» (Varro, l.L. 7.2.18). La «proprietà quiritaria» tra natura e diritto con qualche riflessione in prospettiva attuale, in *Diritto@Storia*, 16, 2018, on line.

¹⁴ Su questo punto, v. però, le posizioni diametralmente opposte da un lato di B. SIRKS, *A question*, cit., p. 311 s. («the grant of *commercium* to non-Romans would have allowed these to participate in the

Il suo approccio al tema è, piuttosto, empirico e fattuale, immerso com'è in un contesto giuridico ed economico di traffici internazionali, dove la sicurezza degli scambi rappresenta un valore irrinunciabile, affinché l'intero sistema riesca a funzionare, sulla base dell'affidamento reciproco fra le parti.

Ecco, allora, come la protezione reale della *Publiciana* assume un'importanza ancora più rilevante, nel momento in cui si immagina che un avente causa di quello straniero sia questa volta un Romano, che si trovi ad acquistare da lui una *res mancipi*. Il caso si sarebbe presentato frequentemente nella prassi. Un mercante straniero vende uno schiavo ad un Romano. Il venditore adempie integralmente l'obbligazione del contratto consensuale *iuris gentium* di *emptio-venditio* attraverso il trasferimento del possesso indisturbato (*habere licere*) dell'oggetto al Romano che, dopo aver a sua volta adempiuto

mancipatio and so become owner. *Commercium* also implied *usucapio*, but whether this extended to immovables is questionable. Perhaps peregrines with *commercium* could only acquire land by *mancipatio*? Could such a peregrine claim to have *ex iure Quiritum* after that? It seems to me that *commercium* implies the *vindicatio* and consequently that») e, dall'altro, di M.F. CURSI, *La mancipatio*, cit., p. 351 s. («l'ipotesi più diffusa ricostruisce la fattispecie intorno alla vendita da parte di un *civis Romanus* di una *res mancipi* a uno straniero munito di *commercium*: non potendo egli divenire proprietario *ex iure Quiritum* della *res*, neppure attraverso l'*usus*, il *mancipio dans* avrebbe dovuto garantire indefinitamente l'acquisto nei suoi confronti, ogni qual volta fosse messo in dubbio dai terzi»).

¹⁵ V. da ultima, E. CALORE, *Aeterna auctoritas adversus hostem: una soluzione per lo straniero alla logica cittadina del meum esse*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 40, 2019, p. 327, nt. 52, per la quale la garanzia dell'*auctoritas* si sarebbe applicata solamente a stranieri aventi lo *ius commercii* che però non avrebbero comunque potuto beneficiare degli effetti dell'*usus* (a differenza del cittadino romano *mancipio accipiens*). La ragione, però dell'esclusione dello straniero senza *ius commercii* sembra basata soltanto su una considerazione puramente negativa, dato che «(...) la posizione dell'*hostis* sarebbe stata più favorevole di quella del *civis Romanus* che avesse, al tempo della Legge delle XII tavole, acquistato una *res mancipi* senza *mancipatio*, perché questi non avrebbe potuto provare autonomamente il proprio *meum esse ex iure Quiritium* (non essendo ancora trascorso il tempo previsto per l'usucapione) [...]» né avrebbe potuto beneficiare di quella *auctoritas* che, secondo altri (L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in L. GAROFALO [a cura di] *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, p. 173 ss.) sarebbe stata invece accessibile anche ai peregrini, privi di *commercium*, acquirenti di una *res mancipi*. Non sembra, infatti, del tutto condivisibile il ragionamento per il quale ad una chiusura debba necessariamente corrispondere una chiusura ancora maggiore, in una spirale di negatività, che non ammette che la posizione dello straniero possa risultare – neppure teoricamente – migliore di quella del *civis*: una logica del 'tanto peggio, tanto meglio', in conclusione. Eppure, si potrebbe semplicemente osservare che, mentre per il *civis*, che non avesse proceduto alla *mancipatio*, quest'ultima sarebbe stata comunque accessibile per lui e quindi egli avrebbe potuto (*ab origine*) costringere il venditore a porla in essere (imponendogliene la celebrazione, pena la mancata conclusione del contratto) la stessa cosa certamente non si sarebbe potuta dire per lo straniero, al quale sarebbe rimasta l'unica alternativa se concludere il contratto o rinunciare ad esso, per timore di subire un'evizione, alla quale non avrebbe potuto porre rimedio.

all'obbligazione del pagamento del prezzo, l'usucapisce in un anno. Nel frattempo, quest'ultimo è tutelato dalla *Publiciana*, contro tutti i suoi concittadini romani.

Perché, a parti invertite, lo straniero sarebbe rimasto senza protezione, nel caso in cui avesse perso il possesso dello schiavo ed avesse dovuto agire, a Roma, contro un Romano per recuperarlo¹⁶?

7. Su questa domanda si innesta la tematica del confronto con la (e del superamento della) *aeterna auctoritas*, intesa come garanzia obbligatoria in capo al cittadino romano venditore, nei confronti del peregrino, munito di *ius commercii*. Se, infatti, è indubbio il collegamento tra *auctoritas* e *mancipatio*, di modo che solo all'*hostis*, al quale era permesso accedere al negozio librato, era parimenti concessa la tutela obbligatoria temporalmente illimitata (in ragione tanto della sua incapacità di usucapire la cosa, quanto dell'impossibilità di difendersi in giudizio davanti ad un cittadino romano), quello stesso sistema viene superato, quando da un lato non si faccia più questione della specificità civilistica dell'atto e, dall'altro, non si pongano ostacoli all'accesso dello straniero al processo formulare davanti al pretore, in forza di un'*actio* di *ius honorarium*, come la *Publiciana*.

In maniera semplificata: allo schema (*commercium*) - *mancipatio* - *auctoritas* si sostituirebbe quello *habere licere* - *fictio*.

Si potrebbe anche azzardare un parallelismo 'speculare': se, nel sistema decemvirale, l'impossibilità di una tutela reale per lo straniero si sarebbe tradotta in una garanzia nel campo delle obbligazioni, nel nuovo sistema pretorio dello *ius honorarium*, la tutela pretoria dei contratti *iuris gentium* (per quello che qui interessa, dell'*emptio* - *venditio*)

¹⁶ V. lo spunto iniziale del ragionamento in P. COLLINET, *Iusta causa et bona fides dans l'usucapion d'après les Institutes de Gaius*, in *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1929, p. 80. Su altro piano, immaginando che l'azione fosse addirittura sorta originariamente a favore del peregrino, v. L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961, p. 243 s., che, di fronte alla stessa obiezione qui avanzata alla fine del § 3 si trova (in maniera abbastanza forzata) sia a dover distinguere tra previsione edittale dell'*actio* da un lato e sua trasposizione nella *formula* dall'altro, sia a dover sostenere che «il '*nondum usucaptam*', superfluo, potrebbe essere allora il ritrasferimento - assai impreciso - nell'editto mutuato dall'albo peregrino della *fictio usucapionis* della formula urbana».

avrebbe, in certo, ‘sdoganato’ anche una tutela reale, a favore degli stessi stranieri così ampiamente (*rectius*: in maniera paritaria) tutelati sotto il profilo obbligatorio.

E qui giocherebbero un ruolo centrale l’*aequitas*¹⁷ e l’acume del pretore¹⁸.

Si dovrebbe a loro l’invenzione di una soluzione alternativa ad una tutela temporanea, che avrebbe condotto al vicolo cieco di un titolo reale di *ius civile*, inadeguato per uno straniero. Il colpo d’ala sarebbe il ribaltamento – a tempo indefinito – di una tutela altrimenti provvisoria; vale a dire: l’eterna provvisorietà di una finzione.

Come l’*auctoritas* è *aeterna*, così la *fictio usucapionis* è *aeterna*. E quell’*aeternitas* nel tempo si riflette anche nella stabilizzazione del contenuto diritto: una ‘proprietà pretoria’ che non avrà mai la necessità di trasformarsi in quella di *ius civile*, ma fintanto che rimarrà in capo allo straniero, gli garantirà quella tutela reale (nel senso più pieno di *erga omnes*) che a lui mancava¹⁹.

Più che sul tenore della formula proposta da Gaio in 4,36, mi sento, allora, di dover porre l’accento, allora, sul *quasi ex iure Quiritium dominus* che, per quanto si è fin qui detto, finisce per colorarsi in maniera particolare. Lo straniero è un *quasi dominus ex iure Quiritium*; è magari *dominus* per il suo ordinamento, ma non lo sarà mai per i Romani. E dunque, in conclusione, quel *quasi* acquista tutta la forza di una finzione che, però, non altera la verità per creare un danno, ma integra un elemento mancante per far coincidere la verità con la giustizia.

Roma, luglio 2024

¹⁷ Con specifico riferimento a questa tematica, C. CHEVALIER, *Fictio e natura: due metodi alternativi per la realizzazione dell’aequitas*, in *TSDP*, 14, 2021, on line.

¹⁸ F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae*, cit., p. 69 ss., che inquadra il fenomeno nella «(...) dialettica tra *ius civile* e *ius honorarium* (...) necessaria per agevolare i traffici del mondo imperiale romano, se si pensa che almeno fino a tutto il I secolo d.C. continuarono a fiorire le creazioni edittali» (p. 70 s.).

¹⁹ T. GIARO, *Die Fiktion des eigentilichen Eigentümers*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wolodkiewicz*, I, Warszawa, 2000, p. 293, correttamente sostiene come «(...) die publizianische Ersitzungsfiktion war nur ein prätorisches Mittel zum Ausgleich der Erwerbsmängel nach *ius civile* (...)».

ABSTRACT

La debolezza della posizione dello straniero, sotto il profilo della sua tutela *in rem* nei confronti di un cittadino romano, presenta un forte squilibrio, rispetto alla piena protezione *in personam* in rapporto ai contratti consensuali, fondati sulla *bona fides*. Si ipotizza un impiego estensivo dell'*actio Publiciana* anche allo straniero, impossibilitato ad usucapire, in virtù della possibilità di godere della *fictio* dell'azione, senza limiti temporali.

The weakness of the position of the foreigner (from the point of view of his protection *in rem* against a Roman citizen) presents a strong imbalance, compared to the full protection *in personam* in relation to consensual contracts, based on *bona fides*. An extensive use of the *actio Publiciana* is also hypothesised for the foreigner (who is unable to *usucapio*) thanks of enjoying the *fictio* of the action, without temporal limits.

KEYWORDS

Diritto romano - stranieri - diritti reali - *actio Publiciana*
Roman Law - Foreigns - Property Law - *actio Publiciana*