

Francesco D'Urso

**Il potere creativo del diritto.
La finzione dell'impossibile nel pensiero di Andrea Alciato***

*The Creative Power of Law.
Feigning the Impossible in Andrea Alciato's Thought*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Realtà giuridica e realtà naturale fra Roma e il medioevo cristiano – 3. La sistemazione di Bartolo da Sassoferrato – 4. Alciato e la ricerca di un 'velo di Leucotea' per la finzione giuridica – 5. Morire due volte? Fingere l'impossibile parallelamente alla realtà – 6. Qualche considerazione conclusiva.

ABSTRACT: This paper analyzes Andrea Alciato's contribution to the theory of legal fiction (*fictio iuris*). Alciato marked a critical turning point by asserting that law holds the creative power to feign the impossible, a stance previously rejected by medieval jurists like Bartolus of Sassoferrato, who demanded adherence to natural possibility ("ars imitatur naturam"). Alciato's innovation rests on the principle that impossible fictions, when justified by equity or public utility, do not fundamentally overturn natural reality but instead operate parallel to the truth. This allows the truth and the fiction to coexist without direct conflict, as demonstrated by the possibility of punishing two individuals for a single, dual lethal wound ("dying twice"). This perspective highlights the autonomy and methodological audacity of law, echoing the freedom found in Roman legal experience and anticipating modern doctrines.

KEYWORDS: Legal fiction, Alciato.

* Il saggio è stato sottoposto a valutazione attraverso *double-blind peer review*.

1. *Premessa*

Queste pagine sono dedicate a un tema apparentemente recondito dell'opera di Andrea Alciato, nella convinzione che possano offrire un contributo, seppur minimo, per sondare lo spirito critico del grande giurista, profondamente aperto ai cambiamenti e incline a far evolvere la tradizione. Alciato segna infatti un punto di svolta nella teoria della finzione giuridica, sostenendo la tesi, respinta durante il medioevo dalla Glossa e Bartolo, che il diritto possa fingere anche cose impossibili.

La finzione è di per sé un artificio giuridico vecchio quanto il diritto, che opera alterando la realtà per qualche fine utile; ma spingersi a sostenere che un essere umano sia morto due volte, ad esempio, pone dei seri interrogativi sul potere dei legislatori, giuristi e giudici. Alla *fictio iuris* il filosofo del diritto Yan Thomas ha dedicato oltre due decenni fa una sintesi storica originalissima dal diritto romano fino all'età medievale, ora tradotta in italiano¹. Il saggio di Thomas lascia al lettore un solo cruccio, che è un merito, cioè il desiderio di conoscere come sia proseguita o potrebbe proseguire la storia della finzione, anche se contiene un'indicazione interessante in proposito: il confronto fra i due mondi, romano e medievale, è anche confronto fra due modi differenti di concepire il rapporto fra diritto e realtà. L'idea medievale che la natura (anche nelle sue declinazioni di natura politica, sociale, etica) preesista al diritto e ne sia il modello riemerge continuamente ancora oggi²; pertanto, ritengo che l'ipotesi alquanto spiazzante di fingere l'impossibile, presente nel diritto romano e

*Il presente articolo nasce da una relazione tenuta al Colloquio internazionale – Webinar “Echi europei dell'opera di Alciato” (7 ottobre 2021), nell'ambito dei Seminari “Alciato giurista europeo” del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona. Si presenta qui il primo risultato delle ricerche che, una volta completate, sono destinate a comparire nel volume collettaneo curato da G. Rossi dal titolo *Andrea Alciato giurista umanista*, Lecce, Pensa, di prossima pubblicazione.

¹ Y. Thomas, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, a cura di M. Spanò, con un saggio di M. Spanò e M. Vallerani, Macerata 2016 (titolo originale: *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in «Droits. Revue française de théorie juridique», XXI (1995), pp. 17-73). L'interesse per la finzione giuridica segue fasi alterne, con periodici risvegli di interesse: fra i contributi più significativi, F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova 1979; F. Brunetta d'Usseaux (cur.), *Le finzioni del diritto*, Milano 2002; M. Bettetini, *Figure di verità. La finzione nel medioevo occidentale*, Torino 2004; E. Dieni, *Finzioni canoniche. Dinamiche del «come se» tra diritto sacro e diritto profano*, Milano 2004; S. Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, Macerata 2023.

² Y. Thomas, *Fictio legis*, cit., pp. 56-57.

ripresa da Alciato, sia stimolante perché rivela qualcosa di più sull'essenza stessa del diritto.

Si comprende così quanto la posizione di Alciato ne rispecchi l'audacia metodologica e speculativa, perché ha saputo cogliere, a conferma delle sue doti di innovatore, la libertà creativa del diritto e la sua autonomia. Ottimo conoscitore del sistema medievale di diritto comune, Alciato fu allo stesso tempo fautore del rinnovamento metodologico nello studio del diritto romano, così da adeguarlo ai profondi cambiamenti di un mondo in fermento dal punto di vista politico, culturale, sociale³. In questo modo poté rilanciare anche quanto di vitale il tema della *fiction iuris* serbava per il futuro, con un colpo d'ala rispetto alla tradizione bartolista e alle incertezze della scienza tardomedievale.

2. Realtà giuridica e realtà naturale fra Roma e il medioevo cristiano

A proposito del saggio di Thomas, conviene ai nostri fini ripercorrerne il tragitto, basato sul marcato dualismo fra l'esperienza romana e medievale.

Da un lato il mondo romano ricorreva alla finzione con la massima libertà, concedendo alla tecnica giuridica piena autonomia rispetto alla realtà dei fatti. "L'empire de la fiction civile romaine sur les faits" si intitola la prima sezione del saggio.

Gli esempi sono numerosissimi, ma fra i più caratteristici si può ricordare la *fiction legis Corneliae*⁴. Per l'antico *ius civile* chi cadeva prigioniero nelle mani dei nemici subiva una *capitis deminutio maxima*, dunque la totale perdita di capacità giuridica, con la conseguente invalidità del testamento già rogato. Tra l'84 e l'81 a. C. si giunse però a trovare una scappatoia: la legge Cornelia stabilì infatti che se ne fingesse la morte nel momento stesso della cattura, ancora da cittadino romano, in modo da sfuggire alle severe conseguenze previste dallo *ius civile* per la cattività. In seguito, la giurisprudenza introdusse anche la *fiction postliminii*: se chi era caduto prigioniero fosse riuscito per avventura a tornare non solo riacquistava i suoi diritti da quel momento in poi, ma era considerato come se non fosse mai stato catturato né tenuto prigioniero. Si cancellava dunque il periodo di prigionia con tutti i suoi effetti e si ristabiliva, per convenzione, una continuità nello *status* giuridico del soggetto. Già da questo esempio è evidente come

³ R. Abbondanza, *Alciato (Alciati), Andrea*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, II, 1960, pp. 69-77; G. Rossi, *Alciato, Andrea*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da G. Treccani, 2012, pp. 106-109; A. Belloni, E. Cortese, *Alciato (Alciati), Andrea*, in I. Birocchi *et al.* (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, Bologna 2013, pp. 29-32.

⁴ Y. Thomas, *Fictio legis*, cit., p. 28 ss.

la finzione intervenisse sui dati naturali – vita, morte, tempo – attribuendo agli accadimenti una qualificazione differente da quella empirica.

Come il saggio dimostra, la finzione non era semplicemente uno strumento evolutivo per adeguare alle trasformazioni sociali un diritto ritenuto immutabile, ma esprimeva il nucleo essenziale del fenomeno giuridico a Roma: la sua capacità originaria di plasmare i propri modelli, dai quali trarre costruzioni sempre più complesse e artificiali⁵. La natura a cui il diritto romano fa riferimento è in realtà istituita dal diritto stesso, che, ad esempio, precostituisce il proprio schema di filiazione non basato sui rapporti sangue, rispetto al quale sviluppa poi l'adozione⁶.

All'opposto, il medioevo sembra impegnato a ridimensionare l'impero della finzione romana con l'intento di ricondurla alla propria visione di un mondo ordinato secondo le leggi imposte da Dio. L'obiettivo della finzione rimaneva pur sempre raffigurare i fatti diversamente da com'erano per garantire la migliore aderenza del diritto alle situazioni concrete; ma nel far ciò la finzione doveva adeguarsi a una realtà naturale non istituita dal diritto stesso, ma predefinita e dunque non manipolabile⁷ (sebbene anche questa non fosse nient'altro che un'operazione di 'istituzione' della natura, cioè di scelta dei suoi caratteri sulla base della rivelazione cristiana). La natura, così, costituiva il limite esterno della finzione, alla quale poneva due ordini di confini: quelli fra visibile e invisibile (un invisibile considerato reale, presente), e i confini delle leggi biologiche⁸.

L'atteggiamento del medioevo trova conferma nella convinzione diffusa nella cultura giuridica di quest'epoca che non si possa fingere l'impossibile⁹: l'autorità delle leggi non deve spingersi fino a stravolgere la realtà naturale¹⁰. Il requisito della possibilità delle finzioni è dunque cruciale, perché caratterizza meglio d'ogni altro la differenza fra le due diverse esperienze giuridiche e

⁵ Ivi, p. 53 ss.

⁶ Ivi, p. 46; pp. 84-85.

⁷ Ivi, pp. 64-65.

⁸ Ivi, p. 66 ss.

⁹ Ivi, p. 75 ss.; pp. 86-87: «La legge ammette lo spostamento fittizio di un ente incorporeo, ma non c'è possesso senza atto corporeo, né trasferimento corporeo di una cosa incorporea. Essa ammette che un cittadino sia morto prima della sua morte, ma non può far sì che i morti generino i vivi. Essa ammette che un morto sia in vita, ma non può far sì che questo morto viva al di là di quanto è dato ai mortali. Essa può rendere ingenuo uno schiavo, ma nelle nascite non può abolire l'ordine che distingue i primogeniti e i cadetti. Essa ammette una filiazione fittizia, poiché un tale sarebbe sempre potuto nascere figlio d'un tale altro: ma non può rendere padre un impotente per nascita, né rendere chi è più vecchio figlio di chi è più giovane».

¹⁰ Ivi, pp. 88-89.

costituisce uno degli assi principali lungo i quali si snodano le evoluzioni in questa materia.

Peraltro, occorre richiamare l'attenzione su alcuni elementi. A partire dal XII secolo venne percepito con chiarezza sempre maggiore il nesso fra la finzione giuridica e le finzioni cui ricorrevano le altre scienze e le arti: la finzione si rivela uno strumento interdisciplinare e questo ne mette in risalto le potenzialità epistemologiche. Il paragone con gli artifici filosofici, letterari, scientifici sarà un *topos* ripetuto fino al XVIII secolo, il cui intento principale è evidenziare il carattere strumentale delle finzioni nella ricerca della verità¹¹. Come conseguenza di questa consapevolezza, e a differenza di quanto accadeva a Roma, dove l'espedito tecnico veniva applicato caso per caso secondo una logica coerente ma prevalentemente implicita, i giuristi medievali si adoperarono per fissare lo statuto scientifico della finzione, quindi per coglierne in modo organico l'essenza, i tipi, le finalità e naturalmente anche i limiti.

In questo processo si possono constatare alcune variabili storiche rispetto al quadro di Thomas. È vero, com'egli dice, che il diritto romano dimostrava autonomia nei confronti dei fatti naturali¹²; tuttavia è constatabile come nel caso dell'adozione fosse preso a modello quanto solitamente avviene in natura¹³ (un punto su cui sarà necessario tornare più avanti). Così, era ritenuta "mostruosa" l'ipotesi che l'adottante fosse più giovane dell'adottato e si prevedeva una differenza minima di 18 anni d'età fra i due¹⁴.

Allo stesso tempo, nel medioevo non mancarono divergenze interpretative fra i giuristi. Se la glossa accursiana professava il principio che non si finge ciò che è impossibile per natura¹⁵, Cino da Pistoia riferiva che secondo alcuni *doctores* era vero esattamente il contrario, ossia che le finzioni operano solo rispetto

¹¹ I. MacLean, *Legal Fictions and Fictional Entities in Renaissance Jurisprudence*, in «The Journal of Legal History», XX.3 (1999), pp. 1-24.

¹² Y. Thomas, *Fictio legis*, cit., p. 43.

¹³ È quanto osserva lo stesso Thomas, *ivi*, pp. 60-61, sebbene egli precisi, coerentemente con la sua idea che il diritto nel mondo romano godesse di piena libertà nei confronti della realtà e di innata autonomia: «Certo, il riferimento alla natura non era totalmente assente dagli scritti giuridici trasmessi da Roma. [...] D'altra parte non si è mai operato in modo da assegnarle un ruolo di realtà originaria o di erigerla a paradigma. [...] La natura alla quale i giuristi romani rinviavano era generalmente un'istituzione presa a modello: era detta "naturale" l'istituzione riutilizzata per formarne una seconda, e non l'istituzione in quanto tale, in riferimento a una realtà pre-istituzionale». Thomas riserva un accenno abbastanza fugace al principio romano che l'adozione imita la natura (*ivi*, p. 85).

¹⁴ Inst. 1.11.4.

¹⁵ Accursio, gl. *Ea vero*, in D. 17.2.3 (*Pandectarum seu Digestum vetus Iuris Civilis tomus primus*, Venetiis 1581): «[...] ad id debet demum porrigi fictio, quod per rerum natura non est impossibile».

alle ipotesi impossibili¹⁶. Tale affermazione, la cui verifica richiederebbe di sconfinare dagli obiettivi di questo scritto, ci riporta però al tratto più caratteristico della scienza giuridica medievale, il cui metodo procede per tentativi e distinzioni, acquisendo conoscenze dal confronto di tesi opposte. In fondo, in ogni finzione c'è una componente di impossibile, come stiamo per constatare nel pensiero di Bartolo.

Tenuto conto di queste postille all'affascinante ipotesi di Thomas, non c'è dubbio che nel medioevo l'idea di limitare l'operatività della finzione giuridica ai soli casi possibili sia divenuta la regola.

3. *La sistemazione di Bartolo da Sassoferrato*

Studi recentissimi hanno portato alla luce la complessità dei motivi che confluono nelle prime fasi del pensiero giuridico medievale sulla *fictio*, in particolare per il tramite della scienza canonistica¹⁷. Questa ricchezza però è stata quasi eclissata storicamente, agli occhi dei posteri, dalla trattazione trecentesca di Bartolo da Sassoferrato, che dedicò una lunga *repetitio* alla *fictio legis Corneliae*, divenuta poi assolutamente centrale. Lo stesso Bartolo sottolineava l'importanza della sua impresa giovanile (aveva 26 anni ed era al suo secondo anno di insegnamento a Pisa, nel 1340), la prima che egli avesse fatto mettere per iscritto, perché trattava una materia da lui ritenuta «a nostris doctoribus ... neglecta»¹⁸.

Sulla base degli schemi scolastici, Bartolo prima di tutto definisce la finzione, apportando le necessarie precisazioni all'unico tentativo definitorio precedente, quello del suo maestro Cino da Pistoia. Se per quest'ultimo «fictio est in re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio»¹⁹, per Bartolo ne va meglio specificata la portata giuridica, distinguendola dalle generiche falsità, in questo modo:

¹⁶ Cino da Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum Tomi*, Francofurti ad Moenum 1577, in C 4.19.16, f. 212va, n. 5: «Fictio est in re certa, contraria veritati, pro veritate assumptio [...]. Effectus eius est, quod pro veritate habetur, quanquam id, quod fingit, sit veritati contrarium, non tamen impossibile secundum naturam. Licet quidam doctores aliter dicant, quia iuris fictio ad ea sola extenditur, quae per rerum naturam impossibilia sunt, ut ff. ex qui. causis ma., l. Denique [D. 4.6.19], notat ff. de lib. et posth., l. Gallus § si eius, ad fin. [D. 28.2.29.8], in ult. Glo. ibi, nec obstat, et c.».

¹⁷ S. Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, cit.

¹⁸ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria ... In primam Digesti Novi partem*, Venetiis 1590, in D. 41.3.15, f. 94vb, n. 20. Id., *In Primam Digesti veteris Partem*, Venetiis 1590, in D. 4.2.22, f. 127va, n. 4, osserva che solo Cino ha detto qualcosa di utile in precedenza, ma che questa «non est materia quae possit tractari, quia non possunt capi regulae, sed magis secundum exigentiam factorum iudicatur».

¹⁹ Cfr. *supra*, nt. 16.

«Fictio est in re certa, eius quod est possibile, contra veritatem, pro veritate a iure facta assumptio»²⁰.

La finzione è il risultato di un ragionamento giuridico (*assumptio*) contrario alla verità, il che è la sua essenza, perché altrimenti non sarebbe finzione; ma è pur sempre “pro veritate”, in quanto giuridicamente ha affetto come se – *perinde ac si* – fosse in verità.

L'utilizzo di questa tecnica dell'irrealità esige una serie di precauzioni che, se rispettate, giustificavano pienamente che la finzione modificasse la rappresentazione esteriore fatti²¹ in vista d'un qualche scopo equitativo. La finzione doveva pertanto vertere su un fatto certo (altrimenti si sarebbe avuta una *praesumptio*)²² e soprattutto possibile.

Il requisito della possibilità entrava così fra i caratteri essenziali della finzione²³. A questo proposito, Bartolo attribuisce valore generale al principio aristotelico “ars imitatur naturam”. Per essere “pro veritate” la finzione deve assecondare i confini naturali della verità che sostituisce. Ciò che è impossibile secondo natura costituisce il limite oltre il quale l'invenzione umana non può più dispiegare i suoi artifici. Nell'adozione, ad esempio, l'età delle parti deve essere tale da assicurare la corrispondenza con quanto avviene in natura; quindi, sebbene sia impossibile che il figlio di un altro sia mio, però è possibile che io abbia un figlio dell'età dell'adottato. Analogamente, si può fingere che un certo individuo già morto sia ancora vivo dopo un tempo ragionevole, ma non se è trascorso un numero di anni, poniamo 200, eccedente le leggi biologiche²⁴.

²⁰ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria ... In primam Digesti Novi partem*, cit., in D. 41.3.15, f. 94vb, n. 21.

²¹ La finzione generalmente non opera sul diritto, perché la legge può provvedere in modo diretto, senza bisogno di ricorrere ad espedienti: Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria ... In primam Digesti Novi partem*, cit., in D. 41.3.15, f. 95ra, nn. 29-30. Tuttavia, fa eccezione uno dei tre tipi di finzione, la traslativa (ivi, n. 45). A proposito della distinzione fra finzione sul fatto e sul diritto cfr. Y. Thomas, *Fictio legis*, cit., p. 67 ss.

²² Ivi, f. 94vb, n. 21: «In re certa, hoc dico ad differentiam praesumptionis, quae praesumit super eo, de quo dubium est».

²³ Ivi, n. 22: «Sequitur ‘eius quod est possibile’: hoc dictum quia super eo, quod est impossibile, non potest fingi [...]. Probatum enim per rationem. Ars enim semper imitatur naturam, et id quod est impossibile secundum naturam, est impossibile secundum artem [...]». Anche Id., *In Primam Digesti veteris Partem*, cit., in D. 19.2.3, f. 122va, n. 14: «[...] ad id se porrigit legis fictio, ad quod se porrigit lex naturae, nam furiosus et mortuus, cum non possint naturaliter consentire, non finguntur consentire a iure [...]».

²⁴ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria ... In primam Digesti Novi partem*, cit., in D. 41.3.15, f. 95ra, n. 27: «In simili tamen vide exemplum in adoptione, quae est fictio inductiva, cum per eam inducatur fictus filius, illa imitatur naturam. Debeo enim adoptare eum, qui sit eius aetatis, cuius aetatis possibile me habere quendam alium naturalem filium; secundum enim

Bartolo fonda il suo ragionamento sulla distinzione fra impossibilità nel caso di specie, alla quale il diritto può porre rimedio artificialmente, e impossibilità in genere, imposta dalle leggi naturali e assolutamente invalicabile²⁵.

Va notato, anche se Bartolo non lo specifica, che ogni finzione, in quanto contraria alla verità dei fatti, è impossibile: nel caso di specie in cui viene applicata, tuttavia, l'impossibilità non è tale da escludere una possibilità virtuale.

Gli esempi appena visti riguardavano la finzione ribattezzata da Bartolo 'induttiva', che cioè finge essere ciò che non è. Le stesse precauzioni riguardo all'impossibilità si estendevano al secondo tipo di finzione, la 'privativa', che finge non essere quel che invece è (ad esempio, morto chi non lo è, come nella morte civile), considerato che un fatto non può essere cancellato. La questione più delicata, tuttavia, si poneva per la *fictio translativa* (o estensiva), ossia la considerazione di ciò che è in un modo in modo differente, variando il tempo (si pensi alla retroattività), le persone (la rappresentanza), le cose (la surrogazione), i luoghi²⁶. Bartolo sviluppa una dottrina dettagliata sulla *habilitas* degli estremi, cioè gli elementi che la finzione traslativa sposta. Per poter raggiungere risultati operativi, un estremo doveva essere vero in essenza, mentre bastava che l'altro fosse vero anche solo virtualmente: pertanto, ad esempio, l'effetto retroattivo di un atto giuridico (l'adizione dell'eredità) poteva ricadere su una cosa di specie (l'oggetto di un legato) solo se nel frattempo non fosse perita²⁷.

Il bilanciamento fra le potenzialità creative della tecnica giuridica e la cautela nel suo utilizzo si riscontra anche rispetto alla «causa introducendae fictionis», che rappresenta per Bartolo un vincolo di scopo assolutamente insormontabile. Come dice il giurista, alla *fictio* si ricorre «per rationem, ex aequitate et in subsidium»²⁸, come mezzo sussidiario per una specifica *ratio*, quando ogni altro

naturam impossibile est, quod ille qui est filius alterius, sit meus, tamen est possibile me habere similem filium, et deo procedit adoptio. Sic intelligo de eo qui fingitur vivere, nam possibile esset in rerum naturam, quod hodie viveret et homo similis sibi, et eiusdem aetatis hodie vivit, sed si esset impossibile ipsum vivere, vel alium similem, quia ex quo est mortuus transierunt 200. anni, forte tunc per fictionem non possit fingi».

²⁵ Bartolo da Sassoferrato, *In Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis 1590, in D. 45.2.9, f. 56ra, n. 2: «Nec obstat si dicatur, quod lex non fingit super impossibili, quia verum est super eo, quod est impossibile in genere, ut quod filius sit antiquior patre. Sed si in genere est possibile, licet sit impossibile in specie [...] tunc lex fingit». Seguono altri esempi: è impossibile che chi è figlio di Tizio sia figlio mio; tuttavia, siccome è possibile in genere che io abbia un figlio di quella età, si può fingere che sia figlio mio. Così è impossibile che chi era presso i nemici sia stato sempre in città; ciò però è possibile in genere, quindi la legge finge.

²⁶ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria ... In primam Digesti Novi partem*, cit., in D. 41.3.15, f. 95vb, n. 43.

²⁷ Ivi, f. 95ra, n. 28; f. 96rb, n. 52.

²⁸ Ivi, f. 95rb, n. 30.

mezzo venga meno; essa deriva dall'*aequitas*, un ordine razionale, oggettivo, che adegua il diritto alle circostanze concrete e che il legislatore coglie non tanto con la volontà quanto con la ragione; come del resto prova il fatto, continua Bartolo, che quando cessa l'*aequitas* deve essere rimossa anche la finzione²⁹.

4. Alciato e la ricerca di un 'velo di Leucotea' per la finzione giuridica

La dottrina di Bartolo, così descritta nelle sue linee principali, esercitò durevole influenza nei secoli, anche in contesti metodologicamente nuovi.

Fu compito dapprima della scuola bartolista ripercorrere e rielaborare la dottrina del maestro, alternando spesso allo spirito di soggezione il desiderio di superarlo in acume critico. In questo processo avvenne che si individuaron nelle leggi romane alcuni casi nei quali, agli occhi di un'analisi attenta, la finzione oltrepassava le colonne d'Ercole del possibile. Baldo e Angelo degli Ubaldi, Giovanni da Imola, Alessandro Tartagni, Francesco Accolti, solo per citarne alcuni³⁰, tentarono di volta in volta di trovare la quadratura del cerchio; Giasone del Maino, il maestro di Alciato, raccolse tutti i dubbi in una trattazione estesissima³¹, che è anche punto di riferimento del suo allievo. Quel che cambia profondamente è però l'atteggiamento dei due giuristi: Giasone accumula argomenti con l'obiettivo principale di classificarli in maniera completa, in un trionfo tardivo del metodo scolastico: presenta la regola dell'impossibilità e tutta la serie di eccezioni in maniera aperta, valorizzando la molteplicità dei casi in sé e per sé, scomponendo senza ricomporre. Alciato al contrario si addentra nella complessità del problema con l'intento di tornare al punto di partenza, se si possa fingere l'impossibile, per trovare la risposta più semplice ed efficace possibile. La sua risposta è positiva e trasforma l'eccezione in un nuovo principio.

L'interesse per la finzione si manifestò già nelle opere della giovinezza, in particolare nei *Paradoxa iuris civilis* e nel trattato sulle presunzioni; per poi riprendere in piena maturità, con spunti nei *Parerga* e nel commento alla stessa *sedes materiae* del Digesto scelta da Bartolo. Come Bartolo due secoli prima, anche

²⁹ Ivi, f. 96vb, n. 67.

³⁰ Mi limito volutamente, almeno in questa fase della mia indagine, a citare importanti autori medievali in maniera soltanto indiretta, attraverso i resoconti che ne fanno Alciato e Giasone del Maino. Un maggiore approfondimento, seppur desiderabile, avrebbe reso meno uniforme la ricostruzione delle peculiarità del pensiero di Alciato.

³¹ Giasone del Maino, *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis 1590, in D. 41.3.15, f. 99 ss.

Alciato attribuì una certa solennità al proprio commento indicandone la data e il luogo, Ferrara, 15 luglio 1544³².

In realtà, le sue non erano soltanto esercitazioni accademiche. La finzione tornava a riaffermare con forza il proprio potere creativo in un momento di grandi trasformazioni, tra le quali basterebbe pensare all'accentramento legislativo e alle spinte verso la laicizzazione del diritto: la tesi di Alciato, che il diritto può fingere l'impossibile, costituiva una svolta sintomatica del cambiamento, considerato che, come abbiamo avuto modo di constatare, sul crinale fra il possibile e l'impossibile si era già misurata la differenza fra le esperienze giuridiche del passato.

Cosa poteva significare fingere l'impossibile in questo mutevole contesto? Significava forse stravolgere la logica della natura, magari in polemica con la visione religiosa tradizionale, o per qualche opportunità politica? Significava, ad esempio, consentire un'adozione temporanea o parziale negli effetti? La risposta di Alciato è tutto fuorché affrettata, anche perché si struttura definitivamente nella piena maturità, nella trattazione del 1544, dopo anticipazioni più o meno parziali.

Come la filiazione naturale non è *ad tempus* o sottoposta a condizione, lo stesso vale per l'adozione, e sarebbe mostruoso il contrario³³. Pertanto, non deve meravigliare che nella definizione di Alciato la *fictio* sia ancora limitata ai casi possibili: «Fictio est legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa tanquam rei vere dispositio»³⁴. Oltre a non poter fingere contro la natura, la

³² Andrea Alciato, *Commentarii in Digesta, seu Pandectas iuris civilis*, in Id. *Opera omnia*, Basileae 1582, I, in D. 41.3.15, col. 1536. Il commento della maturità discute un numero maggiore di casi di finzione impossibile e, quel che più conta, chiarisce la questione teorica in maniera più approfondita e completa; ma le soluzioni erano state già intuite in precedenza.

³³ Ivi, col. 1502, n. 43: «Quod scriptum est, in re possibili, sic intelligitur, ut fictione ea non inducamus, quae impossibilia sunt, ut libro Parergon vi. docui. Disputat adversus Moses Galenus, lib. de usu partium xi., nec Deum quidem, quae naturae impossibilia sunt attentare, quod praeceptum et oratores et poetae quoque observant. Igitur idem et de fictione dicendum, ea enim naturam imitatur. Hinc est, quod adoptio in his tantum locum habet, in quibus est natura. Nec enim potest quis ad certum tempus, neque ad certum actum adoptari, cum natura id fieri nequeat. Sed et in emancipatione idem traditum est, non enim potest quis ad certum actum emancipari, ut receptor habet sententia. Quod et in legitimatione receptum est, quae si pro parte fieret, monstruosum quoddam induceret, hincque non legitimatio, sed dispensatio, et quidem odiosa, diceretur. Addit Accursius, non solum ea, quae facto sunt impossibilia, non fingi, sed nec etiam, quae iure». Anche Id., *Parergon iuris, seu obiter dictorum*, in Id., *Opera omnia*, IV, Basileae 1582, III.4, col. 356.

³⁴ Ivi, col. 1500, n. 34. Anche Id., *Tractatus de praesumptionibus*, in Id., *Opera omnia*, IV, Basileae 1582, col. 677, n.2, dove la definizione varia leggermente: «Fictio est legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio».

legge non dovrebbe nemmeno fingere cose impossibili per il diritto, motivo per cui non può indurre finzioni contro le proprie finzioni: chi non ha beni non può neanche avere un erede e sarebbe del tutto privo di senso (fingere di) applicare la *lex Cornelia*³⁵. In maniera non sempre convinta, Alciato ripete anche la dottrina bartoliana dell'idoneità (*habilitas*) degli estremi della *fictio translativa*³⁶.

Coerentemente con la sua cifra metodologica, aperta al confronto fra le diverse manifestazioni della cultura nello studio dell'antichità, il giurista milanese ricorre nei *Parerga* al paragone letterario per sostenere che anche i poeti non devono servirsi facilmente di finzioni impossibili, come suggerisce l'episodio omerico nel quale Ulisse sopravvive in mare per un tempo superiore alle capacità umane solo grazie all'intervento del velo magico di Leucotea³⁷, dea del mare. Questo principio di buon senso rimase del tutto pacifico. Sulla scia di Alciato, anche altri giuristi escludono in seguito che la legge potesse autorizzare situazioni paradossali: nella pletora di dissertazioni dedicate al tema in area tedesca si potrebbe citare Heinrich Crusius, che afferma, sbizzarrendosi negli esempi per il diletto del lettore, che non si potrebbe ingiungere per legge a un uomo di volare, né avrebbe senso che la legge prescrivesse a quell'uomo di dotarsi di ali³⁸.

Se l'impossibilità della finzione non doveva significare insensatezza, l'alternativa non era però nemmeno rimanere fedeli a Bartolo a tutti i costi, subendo le «imbecilles responsiones» della *communis opinio*³⁹. Alciato ha indicato una via differente alla cultura giuridica moderna: l'utilità della finzione si dispiega anche

³⁵ Ivi, col. 1502, n. 48.

³⁶ Andrea Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., col. 678, n. 6; Id., *Parergon iuris, seu obiter dictorum*, cit., VI.1, col. 435.

³⁷ Andrea Alciato, *Parergon iuris, seu obiter dictorum*, cit., VI.1, col. 435: «Caeterum videmus, et id quoque poetis observatum esse, ne facile impossibilia inducant. Hinc traditum ab Homeri interpretibus est, cum naufragio facto descripturus esset Homerus Ulysses per triduum in mari et fluctibus natantem, quod supra humanas vires id videretur, adiecisse, ope Leucotheae id factum, quae ei ... reniam, seu fasciam pectori subiiciendam dederit, quo interim sublevaretur, ne mergi posset». Sui *Parerga* G. Rossi, *La lezione metodologica di Andrea Alciato: filologia, storia e diritto nei Parerga*, in A. e S. Solet (curr.), *André Alciat (1492-1550): un humaniste au confluent des savoirs dans l'Europe de la Renaissance*, Turnhout, 2013, pp. 145-164. Sui rapporti fra finzioni giuridiche e letterarie, con riguardo anche a questo passo di Alciato, si sofferma O. Guerrier, *Fictions du droit et espace littéraire*, «*Fabula. Les colloques*», *Fiction du savoir à la Renaissance* (dir. Olivier Guerrier), URL: <http://www.fabula.org/lodel/colloques/document88.php>, pagina consultata il 21 novembre 2024.

³⁸ H. Crusius, *De fictionum romanarum natura et inconcinnitate*, Lipsiae 1724, § 43, p. 27.

³⁹ Andrea Alciato, *Paradoxorum libri VI*, in Id., *Opera omnia*, IV, Basileae 1582, III.16, col. 76, n. 3, definisce *communis opinio* la tesi secondo cui la finzione non può introdurre «impossibilia ex rerum natura».

supponendo situazioni impossibili *ex rerum natura*. Senza sconfinare nell'assurdo, l'impossibile può giovare al giusto, purché rispetti una condizione essenziale: deve rimanere – a suo modo e per qualche scopo – collegato alla realtà. Come Omero, anche Alciato cerca un velo di Leucotea per la finzione dei giuristi.

5. *Morire due volte? Fingere l'impossibile parallelamente alla realtà*

Ad Alciato va riconosciuto d'essere intervenuto in maniera lineare ed efficace. Egli sapeva bene quanto la questione fosse intricata, nonostante molti giuristi prima di lui avessero tentato di chiarirla. In aggiunta alla distinzione di Bartolo fra impossibile in genere e in specie, alcuni avevano distinto ulteriormente un genere subalterno da uno generalissimo, escludendo l'impossibilità solo rispetto a quest'ultimo. Altri esigevano che la *fictio* rimanesse possibile in genere variando i termini o i confini⁴⁰. Tutti questi criteri erano adottati per spiegare ipotesi considerate come eccezioni isolate; per Alciato invece esiste un filo conduttore delle finzioni impossibili, che ne fa una categoria a sé. La loro caratteristica va rintracciata nel fatto che si affiancano alla verità senza scontrarsi direttamente con essa, così che, paradossalmente, la realtà e la finzione coesistono nella medesima situazione. La finzione corre in parallelo alla verità, invece di sostituirla; entrambe sussistono, pur essendo incompatibili, perché ciascuna delle due, considerata separatamente, ha la sua ragion d'essere in quel dato contesto.

Dice Alciato:

Sciendum enim, fictionem cum veritate pugnare. Ideoque simul esse ambas non possent; nec enim duo pugnantia iungi queunt. Id si fieret, induceretur quiddam impossibile. Separatim vero considerata nihil impedit, quin inducit possint⁴¹.

Il caso che ispira il giurista, ricorrente in tutte le sue opere, riguarda un individuo – uno schiavo nella *lex* romana, D. 9.2.51 – al quale vengano inferte in sequenza due ferite letali da due aggressori diversi. La prima ferita è tale che da sola condurrebbe sicuramente alla morte; lo stesso dicasi della seconda, che

⁴⁰ Andrea Alciato, *Commentarii in Digesta*, cit., in D. 43.1.15, col. 1503, n. 50: «Et alii dicunt, satis esse, si id quod fingitur possibile in suo genere sit, licet in eadem specie sit impossibile. Alii, ut Aretinus et Ruinus, genus generalissimum quoddam commiscuntur, quod a subalterno differat: satisque esse affirmant, si possibilitas respectu generis illius superioris sit. Alii, ut Imo[lensis] et Crotus, satis esse arbitrantur si possibilitas adsit, non quidem eadem specie, sed variatis aliquo modo terminis, seu rei finibus, alii aliter. Ego omnes recte sensisse arbitror, licet non satis apte sententiam suam expresserint».

⁴¹ Ivi, col. 1503, n. 51.

però in questa circostanza non ha altro effetto che accelerare il risultato della prima⁴². Il secondo aggressore va punito per omicidio, anche se l'effetto finale sarebbe stato comunque raggiunto senza la sua azione? La legge romana lo prevedeva: ora, a rigore di logica, secondo Alciato questa è la finzione di un fatto impossibile, perché punire entrambi gli autori per omicidio significa esattamente supporre che la vittima sia stata uccisa due volte. Alcuni giuristi ipotizzavano che la legge intendesse punirli per il ferimento, come se avessero concorso insieme a cagionare la morte; ma vi si opponeva – oltre alla formulazione stessa del testo – il fatto che una ferita letale equivale, quanto alla punizione, a un'uccisione istantanea, e dunque si tornerebbe ineluttabilmente all'ipotesi della doppia uccisione dello stesso individuo⁴³.

L'effetto finale, tuttavia, è giuridicamente sensato. Il fatto impossibile viene soltanto supposto, in modo sì da operare sulla realtà, ma indirettamente:

Quare sustinendo definitionem, ultra doctores potes dicere, quod aut quaerimus, numquid lex fingat factum impossibile: et dicendum est quod non. Aut quaerimus, numquid lex inducat aliquam dispositionem iuris, non fingendo directe super facto impossibili, sed illud praesupponendo: et tunc dicendum est quod sic, dummodo subsit aequitas⁴⁴.

Nonostante l'artificialità dell'operazione, la risposta giuridica appare quasi 'naturale' (pur essendo impossibile), se si considera, sottolinea Alciato, che i crimini non devono rimanere impuniti e non c'è alcuna *ratio* di punire un autore meno dell'altro⁴⁵.

⁴² D. 9.2.51: «Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri» (T. Mommsen – P. Krüger (curr.), *Corpus Iuris Civilis*, Berolini 1928, p. 162).

⁴³ Andrea Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., col. 679, n. 9.

⁴⁴ Ivi, n. 10.

⁴⁵ Andrea Alciato, *Commentarii in Digesta*, cit., in D. 43.1.15, col. 1503, n. 51: «Sic cum quis homini lethaliter vulnerato, ita quod certum sit eum moriturum, aliud vulnus adigit, mortemque accelerat, lex utrumque de occiso teneri statuit: qui licet impossibile sit, utrumque insolidum simul occidisse, seu bis illum mortuum esse, separatim tamen unoquoque percussore considerato, potuit id fieri: quia et primus potuit eum occidere, et secundus.

Un caso analogo è quello di due *rei debendi* in solido di una certa somma, il cui debito venga trasformato in mutuo. Nel contratto reale di mutuo l'obbligazione deve coincidere con la somma effettivamente consegnata, ma non è materialmente possibile che la stessa cosa pervenga a due differenti debitori; separatamente considerati, tuttavia, è ben possibile: «et fictio, quae coniunctim impossibile est, separatim accepta est possibilis»⁴⁶.

Alciato spiega ancor più chiaramente la sua idea ricorrendo a un paragone con la struttura del possesso:

Caeterum (sic) ubi fictio et natura prorsus non adversantur, sed diversis casibus procedunt, nihil impedit cuique suo casu locum esse. Ecce, ubi ego sedeo, tu sedere non potes, et tamen ego animo, tu corpore; ego civiliter, tu naturaliter possidere potes. Non enim haec pugnant, sed diverso respectu conceduntur; quod et aliis exemplis ostenditur, quibus duae qualitates concurrunt, quarum altera vera, altera ficta sit, dum tamen simul non pugnent⁴⁷.

Finché due qualità, una finta e l'altra vera, possono essere pensate simultaneamente, senza contraddirsi direttamente, ciascuna sarà applicata al proprio caso: uno dei due mutuatari ha ricevuto effettivamente la somma per intero, l'altro per finzione, ma è possibile che l'abbiano ricevuta sia l'uno che l'altro. Un aggressore sarebbe riuscito a uccidere anche senza il concorso dell'altro; anche il secondo ha inferto una ferita che avrebbe condotto alla morte, per quanto nello specifico sia stata irrilevante nel causare l'effetto.

Aver colto il principio astratto consentiva ad Alciato di spiegare casi tradizionalmente controversi. Un esempio è quello del nascituro, considerato come se già esistesse «in rerum natura»⁴⁸. Accogliendo la distinzione bartoliana fra impossibile in genere e in specie, questa finzione sarebbe stata radicalmente impossibile, in quanto non solo il singolo nascituro non è effettivamente nato, ma anche i nascituri in genere non potrebbero essere paragonati ai nati. Alciato si attiene alle teorie mediche e filosofiche del suo tempo: se nascesse prima dei

Fuitque hoc fingendum, ne delicta remaneant impunita; et qui nulla est satis efficax ratio, cur alter minus altero teneatur».

⁴⁶ *Ibidem*: «[...] duo rei debendi eiusdem pecuniae in mutuo constitui possunt: quia licet obligatio re non amplius oriri possit, quam quatenus res pervenerit, eadem autem res ad duos insolidum pervenire nequeat, tamen si unumquemque debitorum singulariter perpendamus, nihil impedit, quin ille insolidum obligari potuerit, et fictio, quae coniunctim impossibilis est, separatim accepta est possibilis».

⁴⁷ Ivi, col. 1504, n. 55.

⁴⁸ D. 5.1.26; D. 28.2.25.1.

sette mesi, un feto non sarebbe in grado di sopravvivere⁴⁹; entro i quaranta giorni dal concepimento, oltre tutto, il feto non è ancora formato e non ha ricevuto l'anima, dunque manca completamente la sostanza atta ad essere considerata umana⁵⁰; con buona pace, dice il giurista milanese, di tutti quei dottori che su questo caso 'si contorcono'.

Il problema, in effetti, aveva dato adito alle più varie congetture. Lo stesso Giasone del Maino riconosce di aver cambiato opinione nel corso del tempo, dopo che aveva inizialmente abbracciato le tesi di Giovanni da Imola e Alessandro Tartagni, secondo i quali in questo caso opererebbe una dispensa – un privilegio, sostanzialmente – invece della finzione⁵¹. Tuttavia, il ricorso alla dispensa laddove non fosse possibile la finzione era solo apparentemente risolutivo, perché i due rimedi, al di là della mera differenza nominale, erano sostanzialmente simili e sarebbe mancata qualsiasi *ratio diversitatis* per applicare l'uno piuttosto che l'altro⁵². Dunque, fingere che il nascituro fosse paragonabile ai nati significava osare oltre le regole del possibile: a che scopo? Il fatto di non condividere la stessa natura dei nati non viene contrastato dalla finzione fino a paragonarli su tutti i piani, ma solo rispetto a ciò che potrebbe giovare al concepito. Si finge che il concepito sia nato a certi effetti, ma rimane vero che ancora non esiste come soggetto⁵³. Anche in questo caso quindi la finzione si affianca alla verità, senza contraddirla frontalmente.

L'altra questione notoriamente difficile riguardava l'adozione. Secondo Bartolo doveva essere genericamente possibile che l'adottante fosse genitore dell'adottato, ma stabilire i confini di questa possibilità non era affatto scontato. Alciato analizza il problema specifico delle varie forme di sterilità, in presenza delle quali era sicuramente impossibile per natura che l'adottante fosse genitore.

⁴⁹ Andrea Alciato, *Paradoxorum libri VI*, cit., III.16, col. 76, n. 1: «[...] in primis rerum natura impossibile est, eum qui in utero sit, ante septimum mensem vivum esse, tamen pro nato fictione legis, tum quoque habetur; et quamvis multum interpretes se contorqueant, dum huic argumento respondere nituntur, frustra tamen eos sese angere, in fictionum tractatu Iason ostendit».

⁵⁰ Andrea Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., col. 678, n. 7: «[...] fingitur natus et vivere is, qui in utero est: quod est impossibile, presertim intra quadraginta dies, quo tempore nondum formatur infans, nec animam habet».

⁵¹ Giasone del Maino, *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., in D. 41.3.15, f. 110va, n. 191.

⁵² Andrea Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., col. 679, n. 8.

⁵³ Andrea Alciato, *Commentarii in Digesta*, cit., in D. 43.1.15, col. 1504, n. 57: «Supra quoque vidimus, dispensare plerunque legem, et videri in specie impossibilia inducere, ut cum eum, qui in utero est, pro nato habet, idque respectu eius, non autem, ut aleri prosit. Sed (ut diximus) non tam fingit esse natus, quam natorum privilegia ad eum extendit».

Il *Corpus Iuris* permetteva l'adozione agli spadoni ma non ai castrati⁵⁴. Premesso che questa terminologia rimaneva oscura senza adeguate conoscenze storiche del mondo romano, la glossa di Accursio aveva tracciato una distinzione che anticipava Bartolo: agli *spadones* è concesso di adottare poiché hanno un impedimento accidentale (un'impossibilità in specie, potremmo dire), mentre non è permesso ai *castrati*, parola che Accursio interpretava come *caste nati*, cioè coloro che per motivi naturali non hanno mai avuto (in genere, dunque) alcuna capacità di procreare⁵⁵.

Alciato, forte di un'accurata analisi lessicale dei diversi termini latini nel suo commento al titolo *De verborum significatione*⁵⁶, si basa al contrario sull'accezione attribuita da Luciano e Giovenale alla parola *spadones*, che definisce quanti siano affetti – per svariati motivi – da semplice incapacità di procreare, senza però essere impotenti. Il divieto di adottare per i castrati si spiega invece col fatto che sono affetti da *impotentia coeundi*. In questo modo Alciato non attribuisce alcuna rilevanza alla generica possibilità astratta di procreare, quanto piuttosto alla verosimiglianza, concetto caro alla cultura umanistica. La *magna similitudo* di cui parla ci riporta alla sua tesi di una finzione che, per quanto sia del tutto impossibile, è in grado di accostarsi alla realtà. La realtà degli spadoni, riflette il giurista, è quella di individui 'sani' che possono sposarsi: l'impossibilità assoluta di generare è superabile dalla finzione senza urtare in modo diretto con la verità, a differenza di quanto avverrebbe se fosse consentito adottare ai 'morbose' *castrati*, incapaci di compiere atti sessuali procreativi⁵⁷.

Le finzioni potevano poi essere impossibili anche *de iure*. Bartolo riteneva che nelle questioni di diritto non vi fosse motivo di impiegare un mezzo indiretto come la finzione, in quanto la legge poteva disporre direttamente e semplicemente; solo nelle questioni di fatto si rendeva necessario compensare artificialmente l'ingiustizia di certe situazioni concrete, immaginandole differenti

⁵⁴ D. 28.2.6; Inst. 1.11.9.

⁵⁵ Accursio, gl. *Spadones*, in D. 28.2.6 (*Pandectarum seu Digestorum iuris civilis ... tomus secundus*, Venetiis 1581): «et est ratio, quia fortius impedimentum est naturae quam accidentis»; ivi, gl. *Non possunt*: «[...] castratos, qui generare non possunt, id est, caste sic natos, ut nunquam potuerint generare».

⁵⁶ Andrea Alciato, *In Pandectarum seu Digestorum iuris civilis septimae partis titulos aliquot commentaria continens*, in Id., *Opera omnia*, II, Basileae 1582, in D. 50.16.128, col. 1183.

⁵⁷ Andrea Alciato, *Commentarii in Digesta*, cit., in D. 43.1.15, col. 1504, n. 54: «Sed et facilius lex adversus id fingit quod per accidens impossibile videtur, quam quod ex natura: et ideo spadoni permittit, ut filium adoptet, quia tale vitium ex casu contingit; castrato non permittit, quia naturaliter impeditur [...]. Fingit ergo suprascripto casu id, quod adversus quidem natura est, sed quod magna similitudine cum natura censetur».

da come erano in verità, ma sempre rigorosamente nei limiti del possibile⁵⁸. Alciato invece non vede ostacoli al fatto che la legge finga l'impossibile contro le proprie disposizioni: in tal modo il diritto si riappropriava della libertà, che le aveva accordato il mondo romano, di scegliere autonomamente quando utilizzare la finzione⁵⁹. Il padre può accettare l'eredità offerta al figlio infante morto nel frattempo, come se il figlio avesse a sua volta accettato, nonostante non ne avesse la capacità⁶⁰. Il figlio di un ordinato *in sacris* può essere legittimato anche se il genitore al tempo della nascita non avrebbe potuto generare prole legittima a causa del suo *status*⁶¹. La legge finge la stipulazione dotale del muto immaginando qualcosa di impossibile, che cioè il muto abbia parlato, pur di non precludergli il ricorso a una tipologia contrattuale per la quale sono richieste domande e risposte: il vantaggio è evidente, poiché al muto è garantita giustizia senza però modificare i requisiti solenni che rendono la *stipulatio* quel che essa è (senza i quali non si avrebbe *stipulatio*)⁶².

Tutti questi stratagemmi si spiegano perché la finzione impossibile ha la sua ragion d'essere se è giustificata dall'equità: favorire il muto, estendere i diritti successori al nascituro, permettere l'adozione a chi è coniugato; nel caso della doppia ferita si affaccia anche un criterio di utilità generale, non lasciare i crimini impuniti. In nome di queste motivazioni superiori (e della libertà del diritto di plasmare la propria verità quando ciò sia utile), Alciato critica anche l'ultimo caposaldo della teoria bartoliana, l'idoneità degli estremi nella *fictio translativa*. Si serve di un testo che era passato inosservato, in base al quale se chi adotta ha perso un figlio, l'adottato è fratello del defunto⁶³; da qui passa a ragionare della questione se chi ha avuto dalla sua concubina un figlio naturale che poi è morto possa legittimare i nipoti *ex filio* sposando la concubina. La teoria della *habilitas* degli estremi lo avrebbe impedito, essendo morto il figlio nel frattempo, ma Alciato smentisce la *communis opinio* ricorrendo all'analogia col primo testo, che permetteva la *translatio* a dispetto dell'estremo inabile⁶⁴.

⁵⁸ Cfr. *supra*, nt. 21.

⁵⁹ Y. Thomas, *Fictio legis*, cit., pp. 54-56.

⁶⁰ Andrea Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., col. 679, n. 9; Id., *Paradoxorum libri VI*, cit., III.16, col. 77, n. 4.

⁶¹ Andrea Alciato, *Commentarii in Digesta*, cit., in D. 43.1.15, col. 1503, n. 53.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ D. 38.10.5: Andrea Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., col. 680, n. 12.

⁶⁴ Andrea Alciato, *Paradoxorum libri VI*, cit., III.16, col. 77, n. 5: «Admittamus ergo generaliter fingi impossibilia per leges, si tamen aequitas subsit: quod si ea non dictet, fictio nullum locum nanciscitur; qua ratione intelligenda sunt iura, quae in idipso a Doctoribus adferuntur. Tum aliter explicanda quaestio, si mortuo filio concubina mihi nubat, num ex eo geniti nepotes legitimentur? Et non legitimari creditum est, tanquam extremum fictionis caput

Liberata dal limite medievale della possibilità secondo natura, la finzione continuava a mostrare la sua utilità, mentre gli estremi a cui Bartolo aveva dedicato una descrizione interminabile sembravano «in parietibus pictae nebulae». Anche agli estremi poteva infatti applicarsi il principio individuato da Alciato: «ut satis sit, si re separatim perpensa, subsitabilitas. Vel fictio et veritas diversis casibus procedant, et quaelibet naturam suam servet»⁶⁵.

6. *Qualche considerazione conclusiva*

La riflessione di Alciato sulla finzione giuridica impossibile ha contribuito a mettere in luce, in un'epoca di trasformazioni, il potere creativo connaturato al diritto. Ciò, tuttavia, non significava necessariamente porre questo strumento nelle mani di un legislatore onnipotente, come si sarebbe tentati di credere. Se ne ha conferma leggendo le opere di due umanisti che apprezzavano Alciato, come Jean Coras⁶⁶ e Joachim Hopper⁶⁷: entrambi, dopo aver identificato lo *ius civile* con la legge (lo Stato è presenza sempre più ingombrante), ne designano la finzione come una fondamentale prerogativa, anche quando sia impossibile.

aptum non esset, quia mortuus filius: nam id non obesse ex Iurisconsulti verbis docemur, qui, si mortuo, inquit, aliquem adoptavero, is filii frater fuisse videtur; ut iure meritoque de albo tollendas Bartoli longissimas illas habilium extremitates censeam, quae nec Romano iure probantur, et nihil ulterius sunt, quam in parietibus pictae nebulae».

⁶⁵ Andrea Alciato, *Commentarii in Digesta*, cit., in D. 43.1.15, col. 1528, n. 158.

⁶⁶ J. Coras, *De iuris arte*, in J. Coras, J. Hopper, *Tractatus de iuris arte*, Coloniae Agrippinae 1582, III.2, pp. 173-174: «Addunt diffinitioni vulgo interpretes haec verba, 'De eo quod est possibile': nimirum existimantes, legem naturae imitricem, non fingere, quae vel per rerum naturam, vel Romano iure, impossibilia sunt [...]. Quae tamen si paulo subtilius, ad veritatem exactumque iudicium, revocare velis, recentiorum etiam iudicio, falsa deprehenduntur. Cum passim compertum sit, impossibilia, tam de iure quam de facto, per leges fingi, si tamen aequitas subsit, veluti publicae utilitatis gratia (ne scilicet impunita maleficia relinquantur), quem a duobus, ex diversa causa, et diversis temporibus occisum [...]». Seguono gli altri esempi di finzione impossibile.

⁶⁷ J. Hopper, *De iuris arte libri tres*, in J. Coras, J. Hopper, *Tractatus de iuris arte*, cit., p. 452: «Iam vero quod additur, illud demum recte fingi, 'Quod nec est, nec esse potest in specie, licet in genere possit': continet propriam fictionis naturam: nam uti surdus et mutus stipuletur, ut plures quis mortis obeat, ut is qui in utero est iam natus sit, neque verum est in sua specie, neque per rerum natura potest obtineri. Ideo tamen in fictionem recte cadit, quoniam in genere non est ἀδύνατον, et potest fieri, ut is qui nunc in utero est, in lucem aliquando edatur. Sed ut filius, quam pater natus sit grandior, ut operas quis exhibeat post mortem, ut duos patres vel matres quis habeat, neque esse potest, neque exspectari, et ideo in fictionem ullo modo deduci. Oportet enim artem non pervertere naturam ac corrumpere, sed vestigiis eius insistendo, solerter eam imitari».

Essi ribadiscono che il legislatore può introdurre finzioni impossibili se ciò sia richiesto da un'utilità pubblica, come nell'esempio della doppia ferita mortale.

Le idee di Alciato sulla finzione impossibile dimostravano così tutta la loro perspicacia. Esse però non escludevano affatto eventuali tensioni fra la legge e la finzione: quest'ultima può essere uno strumento prezioso nelle mani del legislatore, ma può anche trasformarsi in un limite. Secondo Hopper, infatti, i legislatori non dovrebbero fare nulla contro l'autorità delle loro stesse leggi e prima di eliminare quelle vecchie dovrebbero ricorrere al correttivo della finzione, in modo che la situazione nuova sia ricondotta a quella già regolata, senza creare nuovo diritto⁶⁸.

Il legislatore, quindi, non dovrebbe disporre della finzione a suo piacimento; piuttosto, come Alciato ha intuito, la finzione esprime l'autonomia creativa del diritto ed è un meccanismo essenziale per l'equilibrio complessivo del sistema giuridico, ancora frammentato in numerose fonti e guidato dalle architetture dottrinali e giurisprudenziali.

⁶⁸ Ivi, pp. 455-456: «Verius est, id semper operam dare legumlatores, ut ne quicquam contra legum suarum maiestatem et auctoritatem faciant, ut ne prius quam veteres leges tollant, novuum aliquod remedium adinveniant, quo ius vetus vel suppleatur, vel corrigatur, vel emendetur [...]. Quando igitur aliqua se offert species, in qua ius aliquod singulare, praeter communes legum regulas, versatur, eam non simpliciter definiunt, quippe ne sibiipsi adversari, et sua propria edicta elusoria reddere videantur; sed fictione facta, conciliant eam cum iis, quae sub regula continentur, ut sic non novum aliquod ius constituere, sed in veteri permanere, sublato tamen vitio, dici possint».