

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, 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 inesauribili 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 portati nel corso dei tre anni di dottorato 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 ed 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 *matrimonium iustum*, il diritto romano abbia manifestato una tendenza a riconoscere la produzione di determinati effetti giuridici anche a unioni non rientranti in tale modello tipico (per questo qualificate come ‘*iniustae*’) ci ha spinti ad interrogarci sulla *ratio* sottesa a tale tendenza e a disvelare l’esigenza che ha comportato l’attribuzione di taluni effetti giuridici a relazioni che, con terminologia moderna, potremmo definire non ‘di diritto’, bensì ‘di fatto’.

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

Proprio la volontà di indagare i meccanismi connessi a tale fenomeno ci ha suggerito di non rimanere strettamente confinati all'ambito di interesse iniziale – ossia il diritto di famiglia e in particolare i 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 l'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 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 riconosce tuttavia una qualche rilevanza (e che, 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 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 trova legittimazione nel dato normativo – e quello che si verifica concretamente. 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 fattispecie concreta l'assenza di taluni elementi o requisiti non possa dirsi determinante ai fini dell'esclusione dell'effetto giuridico. In ogni caso, il risultato cui conducono simili ipotesi, frutto di una precisa scelta di politica del diritto, è la possibilità di estendere ad esse effetti che in astratto potrebbero scaturire solo dal rispetto del modello legale. Vengono così in rilievo tutta una serie di situazioni fattuali in presenza delle quali l'ordinamento reputa necessario individuare un livello minimo di protezione, attraverso il riconoscimento della produzione di determinati effetti giuridici o, talvolta, l'attribuzione di appositi mezzi di tutela creati *ad hoc*, oppure mediante l'estensione di strumenti previsti per casi analoghi già disciplinati.

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 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 determinate condizioni, ritenere opportuno estendere gli effetti propri di quella specifica fattispecie alla situazione che solo apparentemente ne possiede i requisiti. Esempi notori e ormai ampiamente riconosciuti nel nostro diritto sono rinvenibili in diversi settori: nelle successioni *mortis causa*, attraverso la figura dell'erede 'apparente'; nell'ambito delle obbligazioni, ove è ammessa la validità del pagamento al creditore 'apparente'; molto discussa inoltre, non solo in dottrina ma anche nel recente dibattito giurisprudenziale, 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, ci siamo dunque domandati se il fenomeno dal quale la ricerca è iniziata – 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 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 le principali forme di manifestazione 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 rassicurati circa la non indegnità del nostro proposito di ricerca, regalandoci un momentaneo conforto, ci ha allo stesso tempo resi coscienti della necessità, per conferire definitiva legittimità al lavoro, di individuare un preciso percorso che consenta di avvalorare (o, se del caso, smentire) l’iniziale suggestione. Per non disattendere tale aspettativa, 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 o debba piuttosto escludersi una connessione, un *fil rouge*.

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 perenne volontà di armonizzare i due ambiti siano esclusive dell’esperienza moderna, oppure se un fenomeno almeno in parte analogo possa riscontrarsi anche nell’esperienza di Roma antica. Posto 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, 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.

L’obiettivo è dunque quello di individuare fenomeni che – pur non qualificati con il moderno *nomen* di *apparentia iuris* – manifestino una simile tendenza, essendo volti ad offrire risposta a richieste di giustizia o a non lasciare prive di disciplina situazioni che di poco si discostano da quelle regolate dal diritto. Il che può avvenire o perché tali situazioni sono prive di elementi formali, la cui assenza tuttavia non legittima un trattamento così differente; o perché si tratta di fenomeni di nuova emersione ancora non presi in considerazione dal diritto, che (essendo preordinato

² M. D’Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, p. 717.

alla regolamentazione della vita comune) è chiamato a compiere una funzione che esige 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, alla struttura ed articolazione che ne è derivata. La tesi, in particolare, si compone di un capitolo iniziale introduttivo (potremmo dire 'di teoria generale') e di ulteriori quattro capitoli, ciascuno dedicato all'analisi dettagliata dei singoli istituti che costituiscono espressione di quella tensione tra fatto e diritto che si è qui cercato di rappresentare. 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 si cercherà anzitutto di chiarire l'effettiva portata del principio dell'*apparentia iuris*, per comprenderne la concreta estensione e provare 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 principali manifestazioni di tale principio, al fine di collocarle correttamente all'interno del 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 espressioni dell'apparenza, che in questa sede e relativamente all'intento finale di questo lavoro non potrebbe che risultare parziale e qualitativamente inadeguata. Piuttosto, sarà indispensabile operare una ponderata selezione di tali figure, 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 fattispecie di apparenza la scelta cadrà dunque su quelle che ne costituiscono ancora oggi le tradizionali manifestazioni, ossia: da un lato, nelle successioni *mortis causa* il caso dell'erede apparente; dall'altro, nel diritto delle obbligazioni e dei contratti la figura del creditore apparente, nonché quella (forse ancor più rilevante) del rappresentante apparente o, per utilizzare il suo 'nome d'arte', *falsus procurator*. Da questi fenomeni, tutti a loro modo espressione dell'*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 ai rapporti familiari extra e para coniugali, in quanto – pur con le dovute distinzioni che saranno segnalate – a loro volta costituiscono in certo modo una forma di apparenza giuridica, 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 ad ogni parte pari attenzione ed eguale spazio, così che la stesura finale risulti complessivamente quanto più possibile equilibrata. Per tale ragione sarà necessario operare per ciascun argomento una selezione degli aspetti da trattare, limitando l'esposizione a quelli che meglio consentiranno di ricostruire l'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 possibile contenere oltre un

certo limite l'analisi: ciò non solo poiché si tratta di un tema difficilmente arginabile nella sua ampiezza, ma anche perché rappresenta l'oggetto su cui il lavoro, nella sua fase embrionale, doveva in un primo momento concentrarsi in via esclusiva.

Nonostante tale possibile eccesso nel capitolo finale, cercheremo comunque di mantenere la struttura proposta per quelli precedenti, seguendo un percorso che, nel tentativo di rendere il discorso complessivamente logico e coerente, sarà il medesimo per ognuno. In particolare, assumendo un metodo diverso rispetto a quello generalmente seguito (che antepone alla trattazione dell'istituto esaminato un *excursus*, più o meno breve, delle sue origini e della sua evoluzione storica) proveremo a percorrere una via in parte alternativa. Con una sorta di inversione di tendenza – evidentemente non dettata da uno slancio eversivo, ma piuttosto funzionale all'argomentazione della tesi proposta – abbiamo scelto di iniziare ciascun capitolo con un breve inquadramento della figura 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. L'esposizione delle singole figure giuridiche nella loro conformazione attuale servirà dunque ad identificare un antecedente storico a cui riportarle per similitudine o, eventualmente, per differenza. A tale individuazione seguirà l'analisi dell'istituto come concepito e disciplinato dal diritto romano, nel tentativo di cogliere 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 un puntuale esame 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 testimoniano l'esistenza.

Per ciascuna parte cercheremo, in esito all'analisi e dunque al termine di ogni 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 ed 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, pur nella loro diversità ed individualità, rappresentata nei due macro ambiti analizzati – le diverse manifestazioni dell'apparenza del diritto da un lato, le relazioni familiari di fatto dall'altro – risultano conciliabili 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 – per quanto non necessariamente positiva – rispetto a relazioni emergenti soltanto sul piano fattuale. Situazioni alle quali l'ordinamento, pur in assenza dei requisiti necessari per l'integrazione della fattispecie giuridica di cui manifestano le sembianze, riconosce tuttavia 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 'iperuranio'? – del diritto, attraverso un'osmosi che talvolta dissolve, rendendolo impalpabile ed evanescente, il *discrimen* tra questi due universi.