**Parte II accorgimenti retorici**

Par. 8. **Finzioni giuridiche**.

Non giunge come una sorpresa per il lettore di formazione romanistica il fatto che il diritto ricorra a finzioni.

Molte lezioni di diritto romano sono dedicate alla “ficta possessio”, all’actio publiciana (*actio utilis ficticia in rem)* fondata sulla finzione di un prescrizione acquisitiva già compiuta quando il soggetto spossessato avesse acquistato in buona fede *cum iusta causa*, alla prosecuzione della rivendicazione contro colui che “dolo desiit possidere”, e via di seguito. Un’osservazione curiosa di A. Watson riguarda la *patria postestas:* i giuristi Romani passavano il loro tempo a cercare di aggirare o eludere questa regola[[1]](#footnote-1).

Il *common law*, a sua volta, escogita innumerevoli finzioni per rendere i meccanismi dei rigidi *writs* adattabili alle nuove circostanze. Opere di dottrina molto sofisticate sono state dedicate a questo argomento. Una delle monografie più note è scritta da Lon Fuller, *Legal fictions* (Stanford University Press, 1967).

La necessità di forzare forme rigide di rimedi per fronteggiare nuove esigenze è analoga in *diritto romano* e *common law*. Le finzioni tuttavia non coincidono: il lettore può essere sconcertato da talune.

Molto caustico sull’argomento è ad esempio A. Watson quando descrive la situazione femminile nel medioevo. Il beneficio ecclesiastico che proteggeva il clero dalle sanzioni più severe venne progressivamente esteso tramite il procedimento di identificazione di chi potesse considerarsi appartenente al clero: il brano della Bibbia da leggere ad alta voce divenne fisso, così che anche gli analfabeti (certamente non religiosi, visto che l’ammissione al clero richiedeva la capacità di leggere almeno i testi sacri) furono sottratti alle pene più cruente, invocando la giurisdizione delle corti ecclesiastiche e recitando a memoria il brano richiesto.

Per le donne si provvide diversamente: non potendo invocare la tutela della chiesa, si stabilì la presunzione (o finzione, abrogata solo nel 1925) che i crimini (diversi dall'omicidio o dal tradimento) commessi dalle donne fossero stati indotti dai mariti con costrizione fisica o morale. In questo modo le donne poterono sfuggire a loro volta alle forme più severe di punizione[[2]](#footnote-2).

L’esperienza inglese si arricchisce di finzioni per la compresenza di due giurisdizioni parallele per molti secoli: quella delle corti regie (common law) e quella del Cancelliere (corti di equity).

Per evitare conflitti aperti, sfide e ritorsioni, le corti si addestrarono a stratagemmi che svuotavano i rimedi altrui senza entrare in linea di aperta collisione. In sostanza il diritto “at law” veniva riconosciuto, ma i suoi esiti erano neutralizzati in equity. L’ipotesi più evidente è forse quella del “constructive trust”. Quando taluni beni sono affidati ad altri (senza la costituzione formale di un trust), le corti possono *a posteriori* ritenere che fosse stato creato un trust che consente al fiduciante di recuperare i beni: non solo nei confronti di chi li ha ricevuti, ma anche nei confronti di terzi che li abbiano avuti gratuitamente. Alternativamente al fiduciante è data la somma ricevuta dal fiduciario infedele in cambio dei beni alienati.

Ogni volta che un istituto è accompagnato dal termine “constructive” il lettore dev’esser messo sull’avviso che si sta addentrando in un ambiente ipotetico, di costruzioni giuridiche che corrispondono a verità non naturali ma artificiali.

In altri capitoli abbiamo evocato il trespass “ab initio”, il “nominal damage” (indennizzo simbolico, non corrispondente ad una perdita quantificata): costruzioni dell’ingegnosa fantasia degli avvocati nei secoli.

L’esempio più emblematico delle rigidità dei rimedi presso le corti regie (e della ingegnosità nel trovare finzioni per fronteggiare la difficoltà) è costituito dalla difesa del possesso terriero.

Le *real actions*, sviluppate per prime, garantivano la restituzione dell’immobile, ma non erano accessibili a chi avesse sul bene un’investitura meno elevata, non feudale, come i titolari di godimenti transitori (contro pagamento di un canone), detti *leases.*

Per questi rapporti, il sistema delle corti elaborò una variante del *trespass*: chi fosse stato espulso dal suo immobile, avrebbe potuto agire per *ejectment* (“*quia ejecit infra terminum*” e *writ de ejectione firmae*). Per motivi di carattere procedurale[[3]](#footnote-3), ad un certo punto anche i titolari di real property (freeholders, o titolari di un [*fee tail*](https://en.wikipedia.org/wiki/Fee_tail) o di un life estate sul bene) trovarono convenienti le azioni ideate per la difesa dei soli *leaseholders* (che vantavano sul bene una semplice “personal property”). Per accedere a questi rimedi, i loro avvocati inventarono un meccanismo di espulsione fittizia. Il procedimento ricorda quello della nomina di un campione in sostituzione del litigante che non era in grado di affrontare il duello personalmente.

Il *freeholder* concede ad un estraneo (chiamato convenzionalmente *John Doe*[[4]](#footnote-4)) un *lease* fittizio. Il “*lessee”*  John Doe viene immesso nel possesso del fondo ingiustamente strappato da un usurpatore e aspetta di esserne estromesso dall'occupante. A questo punto John Doe, forte della sua qualità di lessee (sia pure fittizio), assume il ruolo di attore apparente (*nominal plaintiff*) e agisce in *trespass de ejectione firmae* contro l'occupante che l'ha violentemente estromesso. Per vincere egli dovrà provare 1) che il suo lessor (il freeholder) aveva il right of entry; 2) che questi gli ha concesso il lease; 3) che c'è stato l'ingresso sul fondo e 4) che egli è stato estromesso. Con un meccanismo ricorrente nella storia del diritto inglese si passò, in un secondo tempo, dall'allegazione e prova di questi fatti alla loro semplice allegazione [[5]](#footnote-5). Le corti posero il convenuto di fronte alla scelta: o accettare per vere le dichiarazioni dell'attore ed esser ammesso a discutere il vero nocciolo della questione (l'esistenza di un effettivo *right of entry* nell'attore) o rinunciare addirittura a partecipare al giudizio. Nel tempo – di fronte all’inconveniente di subire comunque qualche forma di violenza per giustificare la legittimazione ad agire – gli avvocati inscenarono un gioco ancora più complesso, con l’aggiunta di un personaggio: il *casual ejector.* Questi faceva le veci dell'occupante del fondo ed espelleva (d'intesa con gli altri personaggi e con minori rischi per la loro incolumità personale) il *lessee*.

L'azione era quindi intrapresa dal *lessee* fittizio contro il *casual ejector*: questi poi chiamava in causa il vero occupante del fondo e chiedeva di essere estromesso dal giudizio. La decisione dunque veniva emessa nei confronti dell'effettivo possessore.

Il *Common Law Procedure Act* solo nel 1852 spazzò via le finzioni e i personaggi superflui (il lessee fittizio o nominal plaintiff - John Doe - e il casual ejector) lasciando l'attore "out of possession" e il convenuto in possesso, faccia a faccia, a confrontarsi sulla qualità del title dell'attore [[6]](#footnote-6).

Resta da segnalare che l’uso di pseudonimi come Roe, Doe, Shamtitle, Fairclaim è stato consentito nelle corti di common law[[7]](#footnote-7) ed è tuttora possibile chiedere in procedimenti scabrosi di comparire con un nome di fantasia: come nel celebre caso, deciso dalla Corte Suprema USA, *Roe v. Wade* nel 1973 sulla legittimità del diritto di abortire entro il primo trimestre della gravidanza[[8]](#footnote-8).

1. A. WATSON, *Legal Change: sources of law and legal culture*, (1983) *Un. of* *Pennsylvania L. Rev*., p. 1143. L’osservazione scaturisce dall’affermazione di David Daube che “i Romani della classe più elevata conservarono queste incredibili regole per il fatto che vi vedevano qualcosa che esprimeva e salvaguardava la propria superiorità sul volgo straniero... Non c'è limite agli inconvenienti che la gente è disposta a sopportare per ragioni di status, di nazionalità o di setta...". [↑](#footnote-ref-1)
2. *Society and Legal Change*, Edimburgo, 1977, p.78. V. anche Failures of Legal Imagination (Filadelfia, 1988), Evolution of Law: Continued, 5 Law and History Rev. (1987), 537 ss.. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ciascuna real action (che si trattasse del *writ of right*, del *writ of entry* o *dell'assize de novel disseisin*), era destinata a reagire ad un solo tipo di "disturbance of possession", ad un solo genere di interferenza col possesso. Proprio la limitatezza di ciascuna difesa, la precisione richiesta per ogni affermazione contenuta nella domanda, la irrevocabilità della scelta compiuta (proponendo l'una piuttosto che l'altra forma d'azione) furono difetti che portarono al declino delle *real actions* e al prevalere di forme più elastiche di difesa. HOLDSWORTH, *History of English Law*, v. VII, ch. *The Land Law, Trespass and Ejectment*,p.9-19 e POLLOCK & MAITLAND, *History of English Law* *before the time of Edward I*, Cambridge, 1898, v. II, p.62 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Oppure con altri nomi di fantasia o scaramantici (come Fairclaim, Goodtitle ...). Cfr. *Doe d. Hughes v. Dyeball*, Moo.& M. 346, E.R. 172, 597 (a.D.1829); *Doe d. Hall v. Penfold*, 8 Car.& P., 536; *Doe d. Humphrey v.Martin,* E.R. 174, 395 (a.D. 1841); *Doe d. Wilkins v. Marquis of Cleveland* (1829) 9 B and C 684; *Doe d. Lewis v. Davies* (1837) 2 M.&W.516; *Doe d. Carter v. Barnard* (1849) 13 Q.B.D., 945. Com'è noto la "d." sta per "demise": la formula completa sarebbe:"John Doe on the demise (=lease) of Carter v. Barnard": WINFIELD, On Tort, 7.ed., Londra, 1963, p.385-386. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. MAITLAND, *Equity and the Forms of Action*, cit., Cambridge, 1909, p.352; RUFFINI GANDOLFI, *Profili del trespass to land*, Milano, 1979, p.36-42. [↑](#footnote-ref-5)
6. Alla prima intestazione dell'azione ( ad es.: *Doe on the demise of Atkins v. Horde*) nella quale Doe è il nominal plaintiff per conto di Atkins (il freeholder e concedente del lease) e Horde il convenuto si sostituisce la reale controversia tra Atkins e Horde (il caso sarà semplicemente indicato come *Atkins v. Horde*). [↑](#footnote-ref-6)
7. #  Cfr. ad es. Justice Jones, cita il caso *Fairclaim v. Shamtitle*, in *Queen's Bench and Practice Court Reports*, by J. H. Cameron, vol. 2, Toronto, 1894, p. 34.

 [↑](#footnote-ref-7)
8. #  Norma McCorvey era il nome reale dell’attrice in giudizio che conveniva davanti alla corte Henri Wade, il “district attorney” del Dallas county, il rappresentante della pubblica accusa in materia penale: 410 U.S. 113 (1973). Lo scopo era di sentire dichiarare che la legislazione penale contro l’aborto, anche nei momenti inziali delle gravidanza, confliggeva con il diritto alla riservatezza degli individui.

 [↑](#footnote-ref-8)