

« RES AMOTAE »

1. — Il tema delle *res amotae*, o piú in generale dei furti tra coniugi, presenta aspetti che sono ormai, a mio avviso, da considerare sufficientemente chiariti in sede storiografica. Ma presenta anche taluni aspetti di non trascurabile importanza che sono invece, se non erro, tuttora oscuri e opinabili.

Cominciamo dagli aspetti chiari. Essi concernono l'assetto della *actio rerum amotarum (ara.)* nel diritto classico¹. In primo luogo, possiamo considerare ormai fuori discussione che l'*ara.* fu concessa dal pretore al marito, ed a lui soltanto, contro la ex-moglie che, in vista di un proflantesi divorzio², avesse sottratto, personalmente o a mezzo d'altri³, cose di pertinenza del marito stesso⁴, non importa se di provenienza dotale⁵: l'*ara.* era pertanto esercitabile solo se ed in quanto il matrimonio fosse venuto effettivamente meno a causa di divorzio⁶. In

* In ANA. 75 (1964) 253 ss.

¹ Sul tema, da ultimo, WACKE, *Actio rerum amotarum* (1963): citato in appresso col solo nome dell'autore. Su quest'opera, v. la mia « lettura » in *Labeo* 10 (1964) estr. Parziale anticipazione di talune tesi sostenute da Wacke in KASER, *RPR.* 1 (1955) 517, 2 (1959) 315 s.

² *Divortii causa*: WACKE 36 ss., 122 ss. Sul punto v. *infra* n. 12 e nt. 247.

³ WACKE 36 ss., 122 ss. Sul punto v. anche *infra* n. 11 e nt. 221.

⁴ Il marito era legittimato all'*ara.*, non soltanto se *dominus*, ma anche in ordine alle *res* che avesse ricevuto in pegno da un terzo (Ulp. D. 25.2.17.3, Paul. D. 25.2.18), in ordine a quelle di cui fosse possessore di buona fede (Marcell. D. 25.2.20) e forse in ordine a quelle di cui fosse semplice detentore a titolo di comodato (Iust. Cl. 6.2.22.4). La regola della *condictio ex causa furtiva* era, invece, che essa *ei demum competit, qui dominium habet* (cfr. Ulp. D. 47.2.14.16). Cfr. tuttavia WACKE 126 ss. e nt. 25, il quale segnala due eccezioni (Ulp. D. 12.1.12.1 e Ulp. D. 7.1.12.5) alla regola relativa alla *condictio*.

⁵ WACKE 49 ss. e *infra* n. 3.

⁶ Il LENEL, *EP.*³ (1927) 308 ss. (§ 115) non tenta una ricostruzione formale dell'editto *de rebus amotis*, pur discutendone compiutamente la sostanza ed individuandone talune clausole (« *divortii causa amovisse* », condanna in *quanti ea res fuit*, « *easque res redditas non esse* »). Egli aggiunge, riferendosi in particolare a Paul. D. 25.1.1 (*adversus eam quae uxor fuit*), che nell'editto doveva risultare in

secondo luogo, è lecito, dopo la recente accuratissima analisi del Wacke⁷, ritenere presso che certa la stretta analogia strutturale e procedurale che intercorse, in periodo classico⁸, salvo particolari di secondaria importanza⁹, tra *ara.* e *condictio ex causa furtiva*: l'azione¹⁰ ebbe infatti una *condemnatio* nel *quanti ea res est*¹¹, si fondò sul presupposto di una sottrazione effettiva di cose materiali¹², ebbe funzione reipersecutoria¹³,

qualche modo il presupposto dell'avvenuto divorzio. Il WACKE 43 ss. e specialm. 48, non esita a ricostruire la clausola edittale in questi termini: «*Si uxor marito divortii causa res amovisse dicetur, post divortium factum iudicium dabo*», rinviando alla ricostruzione della formula le ulteriori precisazioni suggerite dai testi. Io dubito che l'editto portasse la clausola esplicita «*post divortium factum*» (o «*divortio facto*») e ritengo che la esperibilità dell'*ara.*, solo dopo il divorzio fosse implicata sia dal concetto stesso dei rapporti coniugali (v. *infra* n. 12 e nt. 260) e sia, almeno nella sistematica raggiunta dall'editto in età classica, dal fatto che la clausola *de rebus amotis* si inseriva nel titolo *de re uxoria* e faceva seguito alla clausola *solutio matrimonio dos quemadmodum petatur* (cfr. LENEL, *EP.* 302 ss. e *Pal. Ulp.* I. 33-34, *Paul.* I. 35-37, *Iul.* I. 16-19).

⁷ WACKE 115 ss.

⁸ Si può aggiungere: sin dal periodo classico. Non vi è dubbio, infatti, che per Giustiniano *ara.* e *condictio furtiva* fossero praticamente identiche: cfr. Gai. D. 25.2.26 (v. *infra* n. 8) e WACKE 144 ss. e nt. 31.

⁹ Essi sono: l'applicabilità dell'*ara.* alla ausiliaria (*uxor*) dell'autore principale della sottrazione (regola, quanto meno, dubbia per quanto riguarda la *condictio ex causa furtiva*: cfr. WACKE 123 ss.); la legittimazione attiva anche del marito non proprietario delle *res amotae* (v. *retro* nt. 4); la deferibilità al convenuto del giuramento *in iure* «*nihil divortii causa amotum esse*» (v. *infra* n. 11; cfr. WACKE 61 ss.); la responsabilità *de peculio* del *paterfamilias* della moglie ladra (v. *infra* n. 10 e nt. 192-194; cfr. WACKE 168 ss.).

¹⁰ WACKE 61: «*Si paret N.am N.am, quae A.o A.o nupta erat, rem q.d.a. A.o A.o divortii causa amovisse eamque rem A.o A.o redditam non esse, iudex, quanti ea res est, tantam pecuniam N.am N.am A.o A.o condemna, s.n.p.a.*». La formulazione in *factum* può dedursi dall'*introducendum est* di D. 25.2.1 (*infra* n. 5), ma non cosí dal richiamo all'editto di Diocl. Maxim. CI. 5.21.2, che è un testo fortemente elaborato da Giustiniano (v. *infra* n. 12). Bibliografia sul punto in WACKE 53 nt. 1.

¹¹ WACKE 54 ss., con esauriente dimostrazione (ivi bibliografia).

¹² *Amovere* (non *contrectare*): cfr. WACKE 31 ss. Si ricordi, a tal proposito, Gai. 3.195 (= I. 4.1.6): *Furtum autem fit non solum cum quis intercepti causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*. L'*amovere* poteva anche consistere nel far perdere definitivamente al marito la disponibilità delle sue cose. In questo va inteso D. 25.2.3.3 (Paul. 7 Sab.): *Item verum est quod Ofilius ait etiam eas res, quas divortii tempore comoederit, venderit, donaverit [qualibet ratione consumpserit], rerum amotarum iudicio contineri*. (Per l'interpolazione di *qualibet—consumpserit* v. BESELER, *Beitr.* 5.41; ma v. *contra* WACKE 32 nt. 9).

¹³ WACKE 117 ss.

fu trasmissibile a titolo successorio sia attivamente che passivamente¹⁴, non rivestì carattere di nossalità¹⁵, non fu limitata all'anno come le azioni penali¹⁶. Infine, una pacata esegesi dei testi relativi non può non indurre la critica contemporanea, io penso, a convincersi che, se pure l'editto certamente non fece menzione alcuna di un'ara. della moglie contro il marito¹⁷, tuttavia di un'ara. in *maritum* parlarono già taluni giuristi dell'età post-giuliana¹⁸.

Eccoci ora agli aspetti non chiari, e più o meno tuttora discutibili. Primo: perché e quando fu introdotta dal pretore l'ara. in *mulierem* e come si concilia essa, sul piano storico, con la *retentio propter res amotas*, concessa parimenti al marito contro la ex-moglie che agisse nei suoi confronti per la restituzione della dote? Secondo: come furono considerate dal diritto romano preclassico e classico le altre ipotesi di furto della moglie al marito, o del marito alla moglie, al di fuori di quella

¹⁴ WACKE 139 ss.

¹⁵ WACKE 128 s. (in riferimento a D. 25.2.21.2 itp.).

¹⁶ WACKE 143 s.

¹⁷ Lo ammette invece il KRETSCHMAR, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS.* 59 (1939) 211, il quale opina, sulla base di Diocl. Maxim. CI. 5.21.2 (*edicto perpetuo permittitur actio*), che l'editto giuliano subì, in materia, un'integrazione ad opera degli imperatori o dei prefetti del pretorio. Io non ho alcuna difficoltà ad ammettere in ipotesi una possibilità del genere (già ventilata dal KRÜGER, *Gesch. der Quellen und Literatur*² [1912] 94, 117) perché, a mio avviso, la famosa « codificazione » dell'editto, ordinata dall'imperatore Adriano al giurista Salvio Giuliano, non è mai esistita (cfr. particolarmente: GUARINO, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *St. Albertario* [1953] 1.623 ss.; Id., *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *ACIV.* 2 [1951] 167 ss.): assolutamente sorprendente è invece che un'ipotesi di questo genere possa essere ritenuta conciliabile con la tesi della « codificazione » (la quale, dunque, non avrebbe « fissato » il testo dell'editto, rendendolo immodificabile). Comunque, anche a mio avviso, sebbene per diverso motivo dal credo della codificazione adrianea, la ipotesi del Kretschmar è inammissibile. In età classica avanzata il *ius honorarium* era ormai cristallizzato nell'editto tralatizio ed esaurito nella sua funzione produttiva: gli imperatori, anziché curarsi di integrare questa fonte del *ius vetus*, ricorrevano, per ogni innovazione che ritenessero di fare, alle fonti del *ius novum*, cioè alle costituzioni imperiali. V. anche *infra* n. 12.

¹⁸ Decisamente contrario alla classicità dell'ara. in *maritum* si è manifestato, per primo, lo ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la « reverentia » tra coniugi*, in *RISG.* 42 (1906) 1 ss., 47 (1910) 1 ss., 307 ss. (per le adesioni a queste tesi, v. WACKE 66 nt. 4). Vivacemente contrario alla tesi dello Zanzucchi, tra gli altri, il KRETSCHMAR (nt. 17) 199 s. (altre citazioni in WACKE 66 nt. 5). Sul punto, v. *infra* n. 9-12.

specificamente prevista dall'editto sull'*ara. in mulierem*? Terzo: i giuristi tardo-classici, parlando di un'*ara. in maritum*, ne discorsero su un piano puramente terminologico (adoperando cioè l'espressione *ara.*, come sinonimo di azione da furto *in maritum*), o ne parlarono su un piano strettamente tecnico e sostanziale, cioè come di un'estensione a favore della moglie dell'*ara.* concessa dall'editto pretorio al marito? Quarto: quale fu il regime dei furti tra coniugi nel sistema giustiniano e quali differenze, di impostazione e di regolamento, sono da segnalare tra la disciplina giustiniana della materia e la disciplina dei periodi preclassico e classico?

Taluni tra i problemi ora indicati la dottrina romanistica ancora accesa, e con buoni argomenti *hinc et inde*, li discute. Tal'altri, come vedremo, li ignora o li sottovaluta¹⁹. A mio avviso, invece, solo da una spassionata discussione di questi punti tuttora dolenti potrà derivare l'avvio verso una sistemazione soddisfacente ed esauriente del tema delle *res amotae*.

2. — Prescindiamo, per ora, dall'ipotesi di *res amotae*, o comunque rubate, dal marito alla moglie e limitiamoci al caso delle sottrazioni operate dalla moglie in danno del marito. Sta di fatto che, in periodo classico, il marito non aveva a sua disposizione solo l'*ara.*, ma poteva ricorrere, se convenuto con l'*actio rei uxoriae*, alla *retentio propter res amotas*²⁰. Come mai ciò? Se i due mezzi, malgrado la suggestione della

¹⁹ Rinvio, per le citazioni di dottrina, ai luoghi opportuni della trattazione che segue.

²⁰ Lo si ricava da CI. 5.13.1.1 *b* (Iust., a. 530), che abolì la antica *retentionum verbositas*, ed è confermato da Ulp. 6.9 (v. *infra*) e da Sin. 21: *Ob donationes: μή ισχυέτο pacton ἀναρποῦν τήν ob res donatas ἢ ob impensas ἢ ob res amotas retentiona*. Sull'*actio rei uxoriae* e sulle *retentiones*, cfr. per tutti KASER, RPR. 1.287 ss. ed i citati da lui. Come è noto, l'introduzione dell'*actio rei uxoriae* viene collegata da Gell. N. A. 4.3.2 e 17.21.14 al divorzio di Sp. Carvilius Ruga (a. 227 a. C.), il quale ripudiò la moglie non per colpe da costei commesse, ma per sterilità. In epoca anteriore, certamente era molto raro che si ricorresse al divorzio e in particolare al *repudium* della moglie, se non fosse per colpa; per tutti, BONFANTE, *Corso* 1 (rist. 1963) 343 ss. Quanto alle *retentiones*, non è a credere che esse si siano delineate coevamente all'introduzione dell'*actio rei uxoriae*, perché è evidente che il loro riconoscimento fu dovuto essenzialmente alla prassi formatasi in sede di applicazione del mezzo processuale. Pertanto, anche a non voler ritenere che le *retentiones* siano state introdotte dalla legislazione augustea (che peraltro certamente

