

« 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 matrimonii 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

terminologia identica (*res amotae*), si fossero riferiti a fattispecie del tutto estranee tra loro, *nulla quaestio*. Ma se, come sarà facile constatare, non era così, e più precisamente le fattispecie cui si applicava l'*ara*, erano noverate tra quelle stesse cui poteva applicarsi la *retentio*, occorrerà rendersi conto dei motivi (evidentemente, non sistematici, ma storici) dell'apparente doppione. Il che porterà, in ultima analisi, a domandarsi se l'*ara*, sia stata introdotta prima della *retentio*, o viceversa, e perché.

A mio parere, dunque, i due mezzi (*ara*, e *retentio*) non si riferivano a fattispecie diverse. La sfera di applicazione della *retentio propter res amotas* era in un rapporto di contenente a contenuto rispetto alla sfera di applicazione dell'*ara*, perché riguardava ogni possibile ipotesi di *res amotae* dalla moglie durante il matrimonio, ivi compresa l'ipotesi (caratteristica dell'*ara*.) delle *res amotae divortii causa*²¹. Ciò risulta da D. 24.3.15.1, e non è affatto smentito da Ulp. 7.2, da D. 25.2.23 e da D. 25.2.11.1.

D. 24.3.15.1 (Paul. 7 Sab.): *Heredi mariti, licet in solidum condemnentur, [compensationes] (retentiones)²² tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas: morum vero coercionem non habet.*

L'erede del marito, convenuto con l'*actio rei uxoriae*, usufruisce delle *retentiones* di rivalsa (*quae ad pecuniariam causam respiciunt*), ma non di quelle aventi carattere di sanzione verso la moglie, cioè

se ne occupò), la loro formazione (posta l'origine dell'*actio rei uxoriae* tra il III e il II sec. a. C.) non deve essere avvenuta prima del sec. I a. C.

²¹ In questo senso: PAMPALONI, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto (« actiones furti utiles »)*, in SSE. 17 (1900) 150 ss.; ZANZUCCHI (nt. 18) 41.17 nt. 5 e 47-16 nt. 1; BIONDI, *Il giuramento decisorio nel proc. civ. romano* (1913) 37 nt. 1; AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della « litis contestatio »* (1954) 92; SANFILIPPO, *Corso di d. rom., La dote* 1 (s. a.) 152. In senso contrario (cioè per il riferimento alla sola *divortii causa*) è la dottrina dominante, cui accede il WACKE 7 ss. e nt. 13. A mio avviso, sia ben chiaro, non è dubbio che l'ipotesi praticamente più frequente di *retentio propter res amotas* fosse quella relativa a *res amotae divortii causa*: se il divorzio non è in vista, la spinta a derubare il marito non è forte (salvo che non sia in vista la morte del marito: cfr. Paul. D. 25.2.21 pr., su cui *infra* nt. 120).

²² *Ind. itp. ahl.* e WACKE 7 nt. 14. Sulla interpolazione giustiniana di *compensatio* (o *exactio*, o *petitio*) in luogo di *retentio*, cfr. i citati da WACKE 6 e nt. 4 e 14.

della *retentio propter mores* e della *retentio propter liberos*²³. Chi tenga presente che queste due ultime *retentiones* si applicavano solo alla moglie colpevole di aver provocato il divorzio²⁴ e che, difatti, nella specie non si fa il caso di azione promossa contro il marito (divorziato), ma si fa il caso di azione promossa contro l'erede del marito (morto), non può che concludere nel senso che la fattispecie cui il testo si riferisce è quella di un matrimonio venuto meno per morte del marito. Probabilmente, Sabino ha posto in evidenza che, anche in caso di scioglimento del matrimonio per morte, gioveranno (*proderunt*) all'erede le *retentiones* di rivalsa, e Paolo ha chiarito che comunque all'erede non spettano (*non habet*) le *retentiones* sanzionatorie. Per liberarsi dell'incomoda testimonianza, si è supposto²⁵ che Sabino e Paolo facciano invece il caso di un matrimonio sciolto per divorzio, a cui ha fatto seguito la morte del marito (divorziato), sicchè l'*actio rei uxoriae* viene esperita contro l'erede del marito²⁶. Ma, a parte la macchinosità dell'ipotesi, perché mai si sarebbero dovute rifiutare all'erede del marito divorziato quelle *retentiones* sanzionatorie, in ordine alle quali si era già maturato il diritto dell'antecessore?

Ulp. 7.2 *Si [maritus] (mulier)²⁷ divortii causa res amoverit, rerum quoque amotarum actione tenebitur.*

Anche ad ammettere, come io ammetto²⁸, che la giurisprudenza

²³ Cfr. BECHMANN, *Das röm. Dotatrecht* (1876) 1.86 ss.; CZYHLARZ, *Das röm. Dotatrecht* (1870) 334 ss. Altre citazioni in WACKE 10 nt. 18-20.

²⁴ Cfr. Scaev. D. 24.3.47; Pap. D. 24.3.49; Ulp. 6.10.

²⁵ Dal WACKE 9 ss., il quale osserva (richiamandosi al RICCOBONO, in *AUPA*. 3-4 [1917] 415) che nel testo non si dice che le *retentiones* sono venute in essere con la morte del marito, sicché il passo farebbe intendere che all'epoca della morte del marito le *retentiones* erano già sorte. Al che è facile opporre che le *retentiones* sono delle domande processuali (tralasciamo di discutere se sono espresse mediante *exceptio doli* o se sono fatte valere direttamente *apud iudicem*) le quali gioveranno quando saranno avanzate e saranno riconosciute fondate.

²⁶ Altro argomento portato dal WACKE 10 e nt. 17, è che, giusta l'*oratio Severi* del 206 (Ulp. D. 24.1.32 pr.-2), le donazioni fatte da un coniuge all'altro (e non revocate) erano sanate dalla morte del donante: sarebbe, dunque, impensabile che Paolo possa aver incluso tra le *retentiones* giovevoli all'erede del marito anche quella *ob res donatas*. Ma, come il Wacke del resto ricorda, è vecchia e unanime teoria che Paolo abbia scritto il libro 7 *Sab.* prima del 206: per tutti, KRÜGER, *Quellen* 231 nt. 32. V. anche *infra* nt. 32.

²⁷ MOMMSEN, *Coll.* 2.12 nt. 1. Diversamente HUSCKE, *Iurispr. anteiust.* (1861) 465: *si marito uxor.*

²⁸ V. *infra* n. 9-12.

classica parlò di *ara*. della moglie contro il marito, è sicuro che almeno questo testo sia guasto. Il passo chiude la delucidazione dei casi di *retentio*, aperta dal pseudo-Ulpiano in 6.9 (*Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas*): assurdo che si sia parlato del marito senza parlarsi della moglie, tanto più che oltre tutto il discorso non filerebbe limpido²⁹. L'errore del copista è evidente³⁰ e si inquadra nell'atmosfera di peculiare disordine che regna in tutto Ulp. 7. Mentre in Ulp. 6.10-17 si sono descritte le prime tre *retentiones* enunciate da Ulp. 6.9 (*retentio propter liberos, retentio propter mores, retentio propter impensas*), nel titolo successivo le altre due *retentiones* non si descrivono, ma a proposito della *retentio propter res donatas* (peraltro, non nominata) si parla sommariamente della *donatio inter virum et uxorem* (7.1) e a proposito della *retentio propter res amotas* (anch'essa non nominata) si parla dell'*ara*. (7.2). È più che probabile, dunque, che la già succinta trattazione originaria dell'epitome abbia subito un ulteriore accorciamento, in virtù del quale sono rimaste in piedi, nel manoscritto vaticano di cui disponiamo, solo le note apposte alle descrizioni delle due *retentiones*³¹. Ora, venendo più da presso alla *retentio propter res amotas*, se il compilatore avesse detto che essa era relativa alle cose

²⁹ Il marito ruba *divortii causa* ed è tenuto a rispondere con l'*ara*. Sta bene: ma perché « *quoque* » con l'*ara*? Il KRETSCHMAR (nt. 17) 207 nt. 74 cerca di spiegarlo così: anche con l'*ara*., oltre che con le *actiones depositi, mandati, ad exhibendum* (cfr. Ulp. D. 23.3.9.3). Spiegazione sforzata, che lascia dubbioso anche il WACKE 67.

³⁰ È poco credibile che si tratti di una alterazione voluta (come sostiene invece lo SCHULZ, *Ep. Ulp.* [1926] ahl.), perché l'elaboratore dell'opera ulpianea non poteva certo mettere da parte l'*ara. in mulierem* unicamente per inserire la menzione dell'*ara. in maritum* (la quale, secondo lo Schulz, non è da ritenersi classica).

³¹ Per meglio convincersene, basta leggere le chiose apposte alle descrizioni delle prime tre *retentiones*, rispettivamente in Ulp. 6.10-11 (*retentio propter liberos*), 6.12-13 (*retentio propter mores*), 6.14-17 (*retentio propter impensas*). Non va tralasciato, peraltro, di osservare che il pseudo-Ulpiano, nel trattare delle *retentiones* spettanti al marito contro la moglie, non omette di parlare di eventuali diritti della moglie contro il marito per ragioni connesse. Così, a proposito della *retentio propter mores*, egli parla anche delle conseguenze dei cattivi costumi del marito (Ulp. 6.13); e, a proposito della *retentio propter res donatas*, egli parla della *donatio inter virum et uxorem* con riferimento sia a quella fatta dal marito alla moglie e sia a quella fatta (cfr. 7.1, secondo periodo) dalla moglie al marito. Tenendo presente ciò, non può escludersi con assoluta sicurezza che il compilatore, dopo aver parlato della *retentio propter res amotas* e dell'*ara. in mulierem* (dell'una e dell'altra, dunque, in brani non pervenutici) abbia effettivamente discusso anche dell'*ara. in maritum*.

sottratte dalla moglie *divortii causa*, presumibilmente la frase successiva (cioè la sola che attualmente si legge) non avrebbe ripetuto la limitazione *divortii causa* per l'*ara*. La limitazione dell'*ara*, al solo caso delle sottrazioni effettuate *divortii causa* è stata, dunque, apposta proprio perché il limite non c'era a proposito della *retentio*. Insomma, con tutte le cautele di rigore nei confronti di una situazione testuale tanto mal ridotta, la congettura piú plausibile è che il testo originario abbia iniziato col dire che la *retentio propter res amotas* era relativa alle cose sottratte dalla moglie al marito durante il matrimonio, per poi passare all'affermazione che, se le *res* fossero state sottratte *divortii causa*, allora vi sarebbe stata anche la possibilità di esperire (contro la moglie) l'*ara*. Del resto, se la *retentio propter res amotas* aveva (unitamente a quelle *propter impensas* e *propter res donatas*) funzioni di rivalsa, per quale motivo la si sarebbe dovuta limitare alla sola ipotesi di scioglimento del matrimonio per divorzio?³²

D. 25.2.23 (Afr. 8 *quaest.*): *Redintegrato matrimonio si iterum divortium factum erit, ob res amotas prioris divortii causa [, item ob impensas donationesque priore matrimonio factas,] manere actionem (Iulianus) existimavit.*

Un matrimonio si è sciolto per divorzio, poi è stato rinnovato, indi si è nuovamente sciolto per divorzio: Giuliano, di cui Africano riferisce come al solito il parere, ritiene che resti esercitabile l'*ara*, relativa alle sottrazioni operate dalla moglie in vista del primo divorzio. Tutti convengono che Africano non può aver parlato, oltre che dell'*ara*, anche di un'*actio ob impensas* e *ob donationes*, perché è noto che la creazione di quest'*actio* generale è stata fatta solo da Giustiniano³³: tutta-

³² Questo è l'argomento che deve (e non può non dover) costituire la base per la valutazione di tutta la questione, sia nei suoi aspetti storico-generalmente e sia nei suoi aspetti esegetici (mi riferisco, in particolare, alla inammissibile tesi, secondo cui Paul. D. 24.3.15.1 sarebbe stato redatto dopo l'*aratio Severi*: v. retro nt. 26). Le tre *retentiones ob impensas, ob res donatas* e *ob res amotas* erano accomunate dal fine di procurare una rivalsa al marito per diminuzioni patrimoniali subite durante il matrimonio e a causa della convivenza coniugale. Sia che il matrimonio si sciogliesse per divorzio, sia che si sciogliesse per morte, le tre *retentiones* avevano uguale ragione per essere pretese, né comunque la *retentio ob res amotas* aveva, sotto il riguardo del fine, caratteristiche tali da legittimare un diverso e meno favorevole trattamento. Si tenga altresì presente che in Ulp. 6.9-7.2 delle cinque *retentiones* vengono prima presentate le due sanzionatorie e poi le tre di rivalsa, ultima delle quali è la *retentio propter res amotas*.

³³ Cfr. CI. 5.13.1.5.

via, la dottrina, anziché trarne l'ovvia conseguenza che *item—factas* è compilatorio, ne deduce che Africano non parlava di *actiones*, ma di *retentiones*³⁴³⁵. Io non sono di questo avviso: sia perché l'espressione *retentiones manere* è goffa³⁶, sia perché è ovvio che, in sede di *actio rei uxoriae* (intentata per la restituzione della *dos* prestata in occasione del primo matrimonio e ripristinata con la rinnovazione di esso)³⁷, al marito spettino le *retentiones* (anche quelle sanzionatorie, direi) aventi tratto sia al primo che al secondo periodo matrimoniale³⁸. La questione che Giuliano ha affrontato era un'altra, e cioè: la rinnovazione del matrimonio tra i coniugi implica una remissione da parte del marito in ordine alle delittuose sottrazioni operate dalla moglie *divortii causa*, implica quindi la consumazione dell'*ara*? Al che Giuliano risponde di no, essenzialmente perché nella rinnovazione del matrimonio (o comunque, nella particolare ipotesi considerata) vede una sorta di *restitutio in integrum* del primo matrimonio³⁹.

³⁴ *Ind. itp.* ahl. e i citati da WACKE 7 nt. 8.

³⁵ Gli autori che, pur convinti che la *retentio ob res donatas* non fosse soggetta alla limitazione *divortii causa*, accettano ad occhi chiusi la dominante tesi della interpolazione di *actionem* al posto di *retentiones*, si trovano poi costretti a sostenere il carattere interpolativo di *divortii causa*: così PAMPALONI (nt. 21) 164; ZANZUCCHI (nt. 18) 41.17 nt. 5 e 47.16 nt. 1. Ma, come giustamente obietta il WACKE 8 (sulle tracce del WOLFF, in ZSS. 66 [1948] 40 nt. 18), essi dimenticano che fu proprio Giustiniano a generalizzare l'*ara*., svalorizzando il *divortii causa amovisse*. Questa giusta obiezione non induce, peraltro, il Wacke a rendersi conto, posta la genuinità di *divortii causa*, del carattere insidioso di *item—factas*. Indicativo, nel senso da me sostenuto, è anche l'*actionem* al singolare.

³⁶ Non è la *retentio* che si estingue o rimane, ma il diritto a farla valere.

³⁷ La questione del diritto alle *retentiones* non sorgerebbe, se la dote di cui si chiede la restituzione fosse stata costituita dopo il primo divorzio, perché è discutibile che si possa parlare in tal caso di un *matrimonium redintegratum*. Il secondo matrimonio si differenzerebbe dal primo, senza possibilità alcuna di confondersi con esso, proprio a causa del fatto di essere un matrimonio con dote.

³⁸ Al WACKE 8 s., la cosa, con riguardo alla *retentio ob res amotas divortii causa*, non sembra affatto ovvia, perché gli par strano che la *retentio* sia invocata dal marito non solo in relazione al matrimonio che ha comportato l'obbligo del marito alla restituzione della dote (cioè non solo in relazione al primo matrimonio, che il Wacke postula giustamente «dotato»), ma anche in relazione al secondo matrimonio. Onde, secondo il Wacke, l'opportunità dell'interpretazione estensiva avanzata da Giuliano. Ma bisogna tenere presente che qui si fa il caso di un *matrimonium redintegratum*: il matrimonio viene dunque considerato unico. V. *infra* nt. 39.

³⁹ Cfr. D. 25.2.30 (Pap. 2 *quaest.*): *Cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio solvitur iudicium*. Qui si prospetta il quesito inverso a quello affrontato da Giuliano, e cioè si

D. 25.2.11.1 (Ulp. 33 ed.): *Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius iurare nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret qui insiurandum defert.*

Colui che promuove l'*ara*, anziché sobbarcarsi all'onere della prova, può deferire all'avversario il *iusiurandum* (necessario) *iu iure* (« *nihil divortii gratia amotum esse* »), purché presti a sua volta il *iusiurandum de calumnia*⁴⁰. Ma l'*inscriptio* del frammento non indica il libro 34 *ad edictum*, in cui Ulpiano si occupava dell'*ara*, bensì il libro 33, in cui il giurista classico discorreva dell'*actio rei uxoriae* e delle *retentiones*⁴¹, né è molto verosimile che l'*inscriptio* stessa sia frutto di un errore di trascrizione⁴². La circostanza ha indotto taluni a supporre che nel testo genuino si parlasse solo della *retentio* e che il riferimento all'*ara*, sia frutto di interpolazione giustiniana⁴³; altri hanno invece, più cautamente, ipotizzato che l'originale ulpiano riferisse di un *iusiurandum* da prestarsi sia in sede di *retentio* che in sede di *ara*.⁴⁴ Come vedremo più

prospetta il problema se il marito possa insistere nell'*ara*, che aveva promosso dopo il divorzio, ove il matrimonio venga reintegrato. La risposta negativa di Papiniano parte dallo stesso presupposto della risposta affermativa di Giuliano: nell'ipotesi di *matrimonium redintegratum*, i due periodi matrimoniali si considerano unificati e congiunti, senza soluzioni di continuità, in un matrimonio unico. Le ragioni di ciò sono nel fatto che tra stato matrimoniale e divorzio (ed eventuale ripresa dei rapporti tra i coniugi) non si poteva fare, quanto al *matrimonium sine manu* del periodo classico, sempre ed in ogni caso un taglio netto. Se il divorzio non era stato espressamente dichiarato, ma doveva risultare *rebus ipsis et factis*, occorreva appunto il decorso di un maggiore o minore periodo di tempo affinché emergesse che la separazione tra i coniugi era indicativa di un *verum divortium*. Cfr. sul punto Marc. D. 23.2.33: *Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint nec inter moras aut illa alii nupserit aut hic aliam duxit, maxime si nec dotem vir reddiderit*. Sul tema: LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung* (1925) 87 ss.; VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *St. Ratti* (1933) 389 ss., 417.

⁴⁰ V. *retro* nt. 9 e *infra* n. 11.

⁴¹ Dell'*actio rei uxoriae* e delle *retentiones* Ulpiano si occupava nel libro 33 ed in una prima parte del libro 34: cfr. L. Ulp. 954-965 e 966-974. Dell'*ara* Ulpiano si occupava invece nel seguito del libro 34: cfr. L. Ulp. 976-980.

⁴² L'*inscriptio* 33 ricorre infatti anche in altri due frammenti evidentemente collegati a D. 25.2.11: cioè in D. 25.2.13 e in D. 12.2.37 (cfr. L. Ulp. 961).

⁴³ Cfr. ZANZUCCHI (nt. 18) 42.16 nt. 4 e AMIRANTE (nt. 21) 91 ss. Contro l'interpolazione di *divortii causa* v. anche *retro* nt. 35.

⁴⁴ È l'ipotesi del LENEL, *Pal. Ulp.* 961 nt. 5 e 6 (cfr. EP.³ 303 nt. 5), il

in là⁴⁵, ambo le tesi ora esposte sono inaccoglibili. Ulpiano parlò del *iusiurandum in iure* solo con riferimento all'*ara.*, in occasione del suo discorso in tema di *retentio propter res amotas*.

3. — In ordine alle cose sottratte dalla moglie *divortii causa, ara. e retentio propter res amotas*, dunque, concorrevano, salvo che quest'ultima era ovviamente subordinata al presupposto che la moglie (o chi per essa) si assumesse l'iniziativa di convenire il marito con l'*actio rei uxoriae*⁴⁶, mentre l'*ara.* era a disposizione del marito (e più tardi, come vedremo, anche della moglie) in qualunque momento⁴⁷.

Fu in questa maggiore agibilità dell'*ara.* il motivo della sua introduzione? La dottrina ritiene generalmente di sì⁴⁸, assumendo per conseguenza che l'*ara.* venne creata posteriormente alla *retentio*, per sopperire alle sue deficienze⁴⁹. Ma l'ipotesi non è affatto persuasiva. Le stesse de-

quale ricostruisce il testo: *qui (propter res amotas utitur retentione vel) rerum amotarum instituit actionem rell.* Nello stesso senso: DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid* (1887) 59 s.; LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz in kl. röm. R.* (1915) 115 nt. 5, 133 nt. 2. *Contra* AMIRANTE (nt. 21) 110 nt. 174 b.

⁴⁵ *Infra* n. 11.

⁴⁶ Sui rapporti tra *retentio ob res amotas* e *actio rei uxoriae*, cfr. WACKE 14 ss.

⁴⁷ Cfr. D. 25.2.21.3 (Paul. 37 ed.): *Rerum amotarum actio damnum repraesentat etiam si postea dotis [exactio] (retentio) competat.* A prescindere dalla sicura sostituzione di *exactio* a *retentio*, il testo ha dato luogo ad ampie discussioni: cfr., in proposito, WACKE 28 s. e nt. 2-5. Il senso è stato chiaramente inteso dal LENEL, *Pal. Paul.* 552 nt. 3: l'*ara.* può essere promossa subito dopo il divorzio (sia esso stato dichiarato dalla moglie che dal marito) anche se successivamente, promossa l'*actio rei uxoriae*, possa farsi valere la *retentio*. Bisogna riconoscere, tuttavia, che il concetto non poteva essere espresso in modo più impacciato: *damnum repraesentat* vuol significare che il pregiudizio recato al marito dal furto (*damnum*) può essere fatto valere sul momento, al presente, ma è chiaro che ciò che è reso presente o immediato dalla *ara.* non è il pregiudizio, ma la pretesa alla sua eliminazione; *etiam si postea rell.* può far dubitare che la *retentio* sia cumulabile con l'*ara.* (in questo senso, appunto, PAMPALONI [nt. 21] 156). Piuttosto che « verkürzt » (WACKE 20 nt. 5), riterrei dunque il passo un riassunto marginale postclassico (BESELER, *Beitr.* 5.40), se non addirittura un rifacimento giustiniano in correlazione al concetto di *actio de damno in factum* (v. *infra* n. 12). Comunque, non sussistono motivi validi per mettere in dubbio la genuinità sostanziale del discorso.

⁴⁸ Per tutti, WACKE 3 e nt. 1. Unica voce contraria quella del BRINI, *Matrimonio e divorzio nel d. rom.* 1 (1886) 164.

⁴⁹ Il WACKE 3 nt. 1, 50, non esclude (implicitamente) che la *retentio ob res amotas* sia come il bozzolo da cui è uscita più tardi la più agile *ara.* e si richiama alla tesi secondo cui i *iudicia contraria* in materia di *depositum, commodatum, mandatum* e *pignus*, sono scaturiti da altrettante *retentiones* (cfr. per tutti, KASER, *RPR.*

ficienze della *retentio propter res amotas* erano accusate anche, quanto meno, dalle altre due *retentiones* di rivalsa (la *retentio propter impensas* e la *retentio propter res donatas*). Il pretore non avrebbe mancato di introdurre l'*actio* anche per esse, anticipando in un certo senso quel che fece appunto Giustiniano⁵⁰. Se ciò non fu, è segno evidente che l'*ara.* o fu introdotta prima della *retentio*, o ebbe rispetto ad essa, almeno agli inizi, una giustificazione del tutto indipendente.

Ad un'origine dell'*ara.* assolutamente indipendente dai problemi della restituzione della dote portano ad indurre due altre considerazioni: primo, che l'*ara.* era esercitabile anche al di là dei limiti di valore della dote; secondo, che ad essa il marito poteva far ricorso anche nell'ipotesi che non vi fosse stata costituzione di dote. Ambo le considerazioni si fondano con sicurezza su D. 25.2.8 pr. La seconda trova anche conforto in D. 25.2.24 e non è contraddetta da D. 25.2.6 pr. e 1.

D. 25.2.8 pr. (Pomp. 16 *Sab.*): *Si, cum dos solveretur mulieri aut satis doti fieret, dictum non esset actum iri rerum amotarum, nihilo minus agi potest: nam et cum dos nulla sit, eadem actio datur.*

Se il marito (avendo ovviamente ommesso di esercitare la *retentio propter res amotas*) non si cura di riservarsi, in sede di restituzione della dote, il ricorso all'*ara.*, ciò non gli preclude il successivo esercizio dell'*ara.*, perché quest'azione viene concessa dal pretore anche nella ipotesi che non vi sia dote (*cum dos nulla sit*). La sostanziale genuinità del passo è incontrovertibile⁵¹.

D. 25.2.24 (Ulp. 5 *reg.*): *Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit, et in potestate (eius) est, qua velit actione uti.*

In ordine alle cose che la moglie ha rubato al marito, questi ha la

1.441). Ma, posto che l'*ara.* abbia fatto la sua apparizione (dopo la *retentio ob res amotas*) nel corso del sec. I a.C. (di essa trattano Labeone, D. 25.2.19, e Mela, D. 25.2.3.4), come mai la *retentio ob res amotas* resistette per tutto il corso dell'età classica e postclassica, sino a Giustiniano, che l'abolì? (Espliciti nel senso che l'*ara.* fosse una specie di *iudicium rei uxoriae contrarium*: TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalr.* [1832] 2.276 nt. 10; HUVELIN, *Etudes sur le «furtum»* [1915] 625).

⁵⁰ Il quale, appunto, sostituì le *retentiones* con un'azione generale. V. *retro* nt. 33.

⁵¹ WACKE 29 s. Pareri contrastanti sulla genuinità di *aut satis doti fieret*: per la genuinità, ROUSSIER, in *St. De Francisci* (1956) 2.123; per l'interpolazione, BESELER, in *ACJI.* (1934) 1.342, e BRASIELLO, in *SSE.* 52 (1938) 56 e 58 s. Non vedo la necessità della ricostruzione proposta dal Beseler: «*Si, cum dos solveretur mulieri [—], (nihil rerum amotarum nomine retentum sit),*».

possibilità di stabilire se avvalersi della *rei vindicatio* o dell'*ara*. Che con il termine *condictio* Ulpiano voglia indicare qui proprio (o anche) l'*ara*.⁵², risulterà dalla constatazione che per la giurisprudenza classica l'*ara*, fu una sottospecie della *condictio ex causa furtiva*⁵³: d'altronde, che *condictio* non possa qui alludere alla *condictio ex causa furtiva* o solo a quest'ultima (con funzione di esclusione dell'*ara*.), deriva dal fatto che evidentemente l'*ara*, non poteva essere dimenticata da Ulpiano nella indicazione dei mezzi a disposizione del marito contro la moglie ladra. Acclarato questo primo punto, occorre passare a chiedersi se, come è stato sostenuto da alcuni⁵⁴, sia insiticio *vel proprias—dotales*. Potrebbe indurre a ritenerlo il fatto che, in diritto classico, anche le cose dotali erano in proprietà del marito (dunque erano, a stretto rigore, *propriae mariti*); ma va considerato che qui Ulpiano, nel corso di una trattazione elementare, vuol mettere in evidenza che non ha importanza, quando si reagisce contro la moglie ladra, l'origine dei beni rubati (se provenienti dal patrimonio originario del marito o provenienti dalla dote). Anzi, si noti che, prima ancora di citare l'*ara*., Ulpiano indica la *rei vindicatio*, sicché il senso esatto

⁵² In tal senso, già RICCOBONO, in *AUPA*. 3-A (1917) 633, che addirittura avanza il sospetto dell'interpolazione. In senso contrario, WACKE 53 s. e 112 s. Altre ricostruzioni, del tutto inaccettabili, sono riferite da WACKE 54 nt. 66.

⁵³ V. *infra* n. 7. Secondo il WACKE 54, il frammento non riguarderebbe l'*ara*., ma la *condictio (ex iniusta causa)* che, secondo lui, era ammessa dalla giurisprudenza classica per le ipotesi in cui l'*ara*, non fosse applicabile (v., sul punto, *infra* n. 6). In effetti, nel passo non si parla di *res amotae divortii causa*, ma solo di *res amotae*. Ma, a parte quanto diremo per sostenere che l'esercizio di un'azione da furto contro il coniuge doveva equivalere, nel matrimonio libero romano, ad un atto concludente di divorzio (v. *infra* nt. 260), rileverò che in Ulp. D. 25.2.24 non si esplicita nemmeno l'ipotesi che le *res* siano state *amotae* dalla moglie non in vista del divorzio. La genericità della fattispecie *res amotae* implica, dunque, necessariamente che Ulpiano, se anche non ha voluto riferirsi col termine *condictio* alla sola *ara*. (nel qual caso dobbiamo ritenere che la limitazione *divortii causa* sia implicita nella fattispecie considerata: v. *infra* nt. 55), certamente ha voluto e dovuto indicare con quel termine anche l'*ara*.

⁵⁴ Da ultimo, DE MARTINO, « *Vel etiam* » nelle fonti giuridiche romane, in *ANÀ*. 58 (1938) 29 estr. (ivi altre citazioni). *Vel etiam* è certamente, anche a mio parere, indizio di aggiunta, di specificazione insiticia: ma l'inserzione può anche non essere postclassica e, comunque, essa non è formalmente sostenibile in un testo come quello in esame, nel quale il primo *vel* reclama un'alternativa. Se poi, come nella specie, si vuol sostenere l'inserzione di ambedue i termini dell'alternativa (*vel proprias-dotales*), vien fatto di chiedersi, sempre sul piano formale, perché *vel etiam* debba ritenersi indizio di glossema postclassico. Quanto agli indizi sostanziali della pretesa inserzione, rinvio a ciò che dico nel testo.

del suo dire è questo: quando la moglie ha rubato, il marito non ha solo a sua disposizione l'*ara.*, ma anche la *rei vindicatio*, e come l'*ara.* si applica anche alle cose non dotali (*res propriae mariti*), così la *rei vindicatio* si applica anche alle *res dotales*⁵⁵. Ciò posto, il frammento di Ulpiano, anziché costituire un semplice argomento e *silentio*, rappresenta una conferma esplicita della nostra tesi.

D. 25.2.6 pr. e 1 (Paul. 7 Sab.): *Contra nurum quoque socero hoc iudicium dandum Atilicinus et Fulcinus aiunt [, quotiens filio familias dos data est]: socerum ob res divortii causa amotas furti agere non posse.*

L'*ara.* (*hoc iudicium*) va riconosciuta, secondo Atilicino e Fulcinio, anche al suocero contro la nuora, ma il suocero non ha contro la nuora l'*actio furti*. Glossematico è, anche a mio avviso⁵⁶, *quotiens—data est*, perché la *dos* non si costituisce al *filius familias*, ma al *pater* di lui. Il glossema è evidentemente scaturito dall'intento di spiegare un insegnamento espresso in termini ambigui. Premesso che è sicuro che il suocero non ha azione di furto contro la nuora che l'ha derubato⁵⁷, sorgono due quesiti: perché l'*actio furti* non è concessa, perché è concessa l'*ara.* al suocero. Il glossatore ha creduto di poter rispondere, sia al primo che al secondo quesito, che ciò dipende dal fatto che il marito è *in potestate* (anzi, che la dote è stata attribuita al marito *in potestate*): l'inserzione successiva della nota marginale nel centro del testo ha fatto sí che siano sorte controversie in ordine all'attribuzione di *quotiens—data est* al primo oppure al secondo insegnamento⁵⁸.

⁵⁵ Un ulteriore argomento a sostegno della tesi che, in questo testo, Ulpiano non possa non alludere se non proprio all'*ara.*, può essere costituito dal fatto che si fa l'ipotesi di *res amotae* della moglie al marito (cioè la sola ipotesi editale dell'*ara.*). Pertanto, la *regula* di Ulpiano pare proprio volta a stabilire che, verificandosi l'ipotesi prevista dall'editto per l'*ara.* (*res amotae divortii causa*), il marito ha la scelta tra la stessa e la *rei vindicatio*.

⁵⁶ In questo senso: PAMPALONI (nt. 21) 167, ZANZUCCHI (nt. 18) 42.80, i quali peraltro espungono senza alcun fondamento anche *divortii causa* (contro questa tesi: LEVY [nt. 43] 132 nt. 3, WACKE 52 nt. 58). Il WACKE 50 ss., non si mostra certo dell'interpolazione di *quotiens—data est* e dichiara il testo non sicuramente ricostruibile, perché certamente raccorciato.

⁵⁷ Cfr. Ulp. D. 25.2.15.1, su cui WACKE 51 e nt. 57 (ivi letteratura).

⁵⁸ Il testo di Paolo è riportato come paragrafo unico (e più precisamente, come *principium* del frammento) nell'edizione MOMMSEN-KRÜGER. L'*editto maior* del MOMMSEN, seguita da *D. Mil.*, fa iniziare con *quotiens* un successivo paragrafo, in ciò aderendo a B. 28.11.6 e sch. 1 (II. 3.301 s.). Opportuna critica di ambedue le versioni in WACKE 51.

4. — Le considerazioni sinora svolte rendono ormai più che probabile la tesi che non fu la *retentio propter res amotas* a precedere l'*ara.*, ma fu l'*ara.* a precedere la *retentio* e forse a precedere la stessa *actio rei uxoriae*. L'accostamento e il tentativo di armonizzazione dei due mezzi (quindi, la spiegazione dell'*ara.*, come quella che *damnum repraesentat*)⁵⁹ fu opera della giurisprudenza classica.

Se tutto ciò è vero, ecco che all'*ara.* bisogna assegnare una data di nascita ben anteriore al sec. I a. C.⁶⁰; una data che deve aver collimato con il diffondersi del divorzio in Roma⁶¹. Pensare al sec. III a. C. non sembra, dunque, azzardato.

Quanto al motivo di questa risalente introduzione, avendo noi dianzi escluso che la creazione dell'*ara.* ebbe alcunché a che vedere con l'istituto della dote e con la tematica della sua restituzione, non rimane che pensare a ciò: l'*ara.* venne creata dal pretore al fine di sopperire alla mancanza di azioni da furto (*actio furti* e *condictio ex causa furtiva*) tra i coniugi. Spiegazione avvalorata, a mio parere, da due argomenti, uno di carattere storico generale ed uno di carattere testuale.

Sul piano storico generale, va tenuto presente che il cd. *matrimonium cum manu* e il cd. *matrimonium sine manu* non rappresentano due stadi successivi dell'evoluzione dell'istituto matrimoniale, ma sono coesistiti sin dai più antichi tempi⁶² in un equilibrio di pratiche applicazioni che è andato progressivamente spostandosi a vantaggio del *matrimonium sine manu*. Ora, nel matrimonio *cum manu* non era concepibile un *furtum* in senso tecnico operato dalla *mulier in manu* a danno dell'avente potestà: le sottrazioni eventualmente operate dalla prima davano luogo ad una reazione potestativa di carattere intimamente familiare. Ben diversa era la

⁵⁹ V. *retro* nt. 47, con la ripetuta avvertenza che D. 25.2.21.3, se certamente espone un concetto di derivazione classica, probabilmente lo esprime in forma post-classica.

⁶⁰ V. *retro* nt. 48 e 49. Nel senso di una origine risalente dell'*ara.* si è già manifestato il PAMPALONI (nt. 21) 150, 168, il quale ricollega l'*ara.* al sorgere del *matrimonium sine manu*. Ma quando è sorto il cd. matrimonio *sine manu*? In un certo senso, esso è sorto da sempre, se per *matrimonium sine manu* si intende una *manus* non perfezionatasi per mancato completamento dell'*usus* annuo della *mulier* da parte del marito. Il punto di riferimento deve essere, dunque, più concreto. V., sul punto, anche WACKE 5.

⁶¹ V. già *retro* nt. 20.

⁶² Cfr. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains* (1940); ID., *Ancora sulla « manus » e sul matrimonio*, in *St. Solazzi* (1948) 675 ss.; e per tutti, KASER, *RPR.* 1.68 ss., 266 ss.

situazione nel *matrimonium sine manu*, ove un *furtum* della *mulier* a danno del marito, trattandosi di due soggetti giuridici diversi, era pienamente concepibile: ma alla configurazione del *furtum*, probabilmente, nemmeno nel *matrimonium sine manu* si perviene fin tanto che questo, piú che come un istituto (o comunque, come una prassi) a sé stante, fu concepito come uno stadio iniziale del *matrimonium cum manu*, cioè come un *usus* in corso di perfezionamento, che nessuno era in grado di prevedere se il *trinoctium* avrebbe interrotto⁶³. Il punto critico fu costituito, a mio avviso, dalla diffusione del *divortium*, il quale, si badi, anche per il *matrimonium cum manu* ingenerava la necessità di ricorrere alla giurisdizione pretoria quando, *divortio facto*, il marito (o l'avente potestà su di lui) si accorgesse che la ex-moglie, ormai non piú in sua potestà, avesse sottratto *divortii causa* delle cose di sua proprietà. Fu questa, appunto, la difficoltà cui dovette sovvenire originariamente il pretore urbano, introducendo l'*ara*: la quale insomma, si profilò originariamente proprio in rapporto al *matrimonium cum manu*. In altri termini, la creazione dell'*ara*, dipese dalla tradizionale inconcepibilità del *furtum* tra coniugi; ma l'*ara*, almeno al momento della sua introduzione, non fu considerata come un'azione da furto, sia pur reipersecutoria, ma come un'azione riparatrice, nei limiti del possibile, di un grave inconveniente creato dal *divortium*⁶⁴.

Queste induzioni sono pienamente confermate dal dato testuale di:

D. 25.2.1 (Paul. 7 Sab.): *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse.*

L'*ara*, in questo *iudicium* che per Paolo è ormai, nel periodo classico avanzato, una stranezza giuridica⁶⁵, fu introdotta a favore del marito

⁶³ È difficile stabilire quando il *matrimonium sine manu* sia divenuto statisticamente la regola rispetto al *matrimonium cum manu*. Solitamente si pensa alla seconda metà del sec. I a.C.: KASER, RPR. 1.268. Ancora piú difficile è rendersi conto di quando i Romani cominciarono a vedere nella prassi del *trinoctium*, non una forma di *manus interrupta*, ma piuttosto un diverso tipo di impostazione dei rapporti coniugali sul piano giuridico.

⁶⁴ La mia congettura spiega come mai l'*ara* potè avere inizialmente carattere reipersecutorio, pur non essendo connessa alla commissione di un *delictum*.

⁶⁵ *Iudicium singulare*, nel testo in esame, non costituisce menomamente allusione alla categoria (di contestata classicità) del *ius singulare*: cfr. GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. dir. comp.* 18 (1946) 36 e nt. 198 (ivi altre citazioni). L'aggettivo *singularis* è usato, qui come altrove, per indicare un istituto che sorprende perché appartiene a concezioni, ormai non piú

contro la ex-moglie perché i *veteres* non ritennero (*quia non placuit*) che contro costei si potesse agire con azioni da furto. Paolo, come vedremo analizzando il testo nella sua interezza⁶⁶, si stupisce di tutto ciò perché considera l'istituto dall'angolo visuale del *matrimonium sine manu*, ai suoi tempi di gran lunga dominante⁶⁷. Questo il motivo per cui egli non giustifica, nè delucida il perché della creazione dell'*ara*. Come per tanti altri istituti di antica origine, di cui non sa spiegarsi la *ratio*, egli si limita, alla pari di altri giuristi classici, a segnalare il fatto, attribuendolo all'autorevole, ma spesso inesplicabile *placuit* degli antichi giuristi⁶⁸.

5. — Ma il discorso non può fermarsi qui. Possibile che in diritto romano classico non si fosse superato, in clima di trionfante *matrimonium sine manu*, il decrepito ostacolo della inammissibilità delle azioni da furto tra coniugi? E se l'ostacolo non era stato ancora, in tutto o in parte, superato, per quali mai altri e più attuali motivi sussisteva, in diritto classico, l'impedimento?

La dottrina risulta, a questo proposito, straordinariamente divisa e per di più alquanto incerta. L'opinione tradizionale, fondata essenzialmente su Diocl.-Maxim. CI. 5.21.2 e su Gai. D. 25.2.2.⁶⁹, è nel senso

condivise e comprese, del passato: v., per qualche spunto in argomento, DERNBURG, *Pandette* (tr. ital. 1906) 1.1.83 s., su cui GUARINO, *cit.* 28 nt. 144.

⁶⁶ *Infra* n. 5.

⁶⁷ V. *retro* nt. 63.

⁶⁸ Cfr. Iul. D. 1.3.20: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*; Ner. D. 1.3.21: *et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur*. Sul punto, per tutti, SCHULZ, *I principi del diritto romano* (1934, tr. ital. 1946) 86 ss.

⁶⁹ Per CI. 5.21.2, v. *infra* n. 12. D. 25.2.2 (Gai. *ed. praet. sub titulo de re iudicata*) è stato palesemente trasportato in D. 25.2 dai compilatori, allo scopo di completare e chiarire (in senso giustiniano) il discorso del fr. 1: *nam in honorem matrimonii turpis actio in uxorem negatur*. In questo senso, ZANZUCCHI (nt. 18) 42.66 ss. e gli altri autori citati dal WACKE 80 nt. 11, il quale anch'egli qualifica il testo una «*Erfindung der Kompilatoren*». Tuttavia, proprio perché trasportato in questo punto dai compilatori (che si sarebbero anche potuti limitare ad alterare il fr. 1), il testo di Gaio deve essere ritenuto sostanzialmente genuino: *turpis actio* sarà forse una generalizzazione postclassica (così KASER, in ZSS. 60 [1940] 110 s. e in ZSS. 73 [1956] 252 nt. 39), ma *in honorem matrimonii* è linguaggio tipicamente classico. Sorgono, quindi, due problemi, e cioè: a che proposito Gaio si è espresso (approssimativamente) per come risulta dal fr. 2; quali sono i limiti da assegnare alla sua dichiarazione. Il primo problema mi sembra risolto, meglio che da ogni altro, dal LENEL, *EP.*³ 408 nt. 4, il quale suppone che Gaio abbia voluto giustificare

che la *reverentia* che i coniugi reciprocamente si dovevano impedisse, *constante matrimonio* o per fatti avvenuti *constante matrimonio*, l'esercizio di azioni penali o infamanti, tra cui l'*actio furti*: che anzi, al posto della *condictio ex causa furtiva*, fosse esperibile, *soluto matrimonio*, solo l'*ara*. (per le sottrazioni avvenute *divortii causa*) o una *condictio ex iniusta causa* (per le sottrazioni diversamente motivate), a prescindere dalla *rei vindicatio* (o dall'*hereditatis petitio*) e dall'*actio ad exhibendum*⁷⁰. La critica piú evoluta ha invece sostenuto che la mutua *reverentia* tra coniugi sia stata un'innovazione cristianeggiante di Giustiniano e che, pertanto, a quest'ultimo ed alle sue interpolazioni testuali vada attribuito il « divieto » di azioni penali e infamanti, e in particolare il divieto dell'*actio furti*⁷¹. Ciò posto, quale era la situazione classica? Secondo alcuni, il diritto classico ammetteva sia l'*actio furti* che la *condictio ex causa furtiva*, di cui l'*ara. in mulierem* era una particolare applicazione o, come vedremo, anticipazione)⁷². Secondo altri, l'*actio furti* e la *condictio ex causa furtiva* erano concesse solo *in maritum*, mentre *in mulierem* era esperibile soltanto l'*ara*.⁷³ Secondo altri ancora, l'*actio furti* era esclusa in ogni riguardo, mentre erano ammesse tra coniugi *ara.* e *condictio ex causa furtiva*⁷⁴. Secondo altri, infine, sia l'*actio furti* che la *condictio ex causa furtiva* erano sconosciute al diritto classico, il quale ammetteva soltanto l'*ara.* (tanto *in uxorem*, quanto *in maritum*) e la *condictio ex iniusta causa*⁷⁵.

l'inammissibilità dell'esecuzione personale nei confronti dell'*uxor*. Il secondo problema sfugge, invece, alla dottrina, la quale è orientata nel senso che da Gai. D. 25.2.2 non può trarsi la inammissibilità dell'*actio furti* tra coniugi. Ma io riterrei che la dichiarazione di Gaio, dovunque essa sia stata fatta, abbia una intonazione tale da farci intuire che effettivamente, in diritto romano classico, non erano ammesse tra coniugi tutte quelle azioni (compresa l'*actio furti*) che avessero una finalità (come la esecuzione personale o come la pena) lesiva della dignità del matrimonio.

⁷⁰ Cfr., per tutti, GIRARD-SENN, *Manuel*¹⁸ (1929) 182 e nt. 1. Per una difesa della teoria tradizionale, cfr. KRETSCHMAR (nt. 17) 199 ss.

⁷¹ La strada è stata aperta dallo ZANZUCCHI (nt. 18). Da ultimo: BIONDI, *Il dir. romano cristiano* 3 (1954) 69 ss., 102 ss.; KASER, *RPR*. 1.276 nt. 25.

⁷² Cfr. LEVY (nt. 44) 126 ss., 130 ss. Per una critica esauriente di questa tesi, cfr. WACKE 82 ss.

⁷³ È la tesi dello ZANZUCCHI (nt. 18), largamente seguita.

⁷⁴ Per maggiori precisazioni, v. *infra* n. 7 e nt. 112. Esauriente *status quaestionis*, in MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*. 26 (1958) 396 ss.

⁷⁵ È la tesi ultimamente avanzata dal WACKE 86 ss., 105 ss. Secondo il Wacke, l'*ara. in maritum* fu una estensione giurisprudenziale dell'*ara. in mulierem*, propugnata da Marcello (cfr. Marc-Ulp. D. 25.2.11 pr.): v. *infra* nt. 144.

Per parte mia, eviterò di addentrarmi in una critica minuziosa delle varie opinioni, che è stata del resto già in parte svolta, e in maniera eccellente, dal piú recente trattatista della materia. La mia tesi è questa. In periodo preclassico (anzi, approssimativamente, sino a Sabino ed a Proculo) non erano ritenute esperibili tra coniugi, *constante* o *soluto matrimonio*, né l'*actio furti*, né la *condictio ex causa furtiva*: l'unica eccezione era costituita dall'*ara. in uxorem*, edittale, esercitabile solo *divortio facto* per le sottrazioni operate *divortii causa* durante il matrimonio. In periodo classico, a cominciare approssimativamente da Sabino e da Proculo, si fece strada nella giurisprudenza il principio che, *soluto matrimonio*, si potesse ricorrere tra i coniugi, a prescindere dall'*ara. in mulierem*, alla *condictio ex causa furtiva*. Vedremo piú in là quale fu l'evoluzione successiva. Fermiamoci per ora all'esame del testo che costituisce il pilastro di tutta la questione. Si tratta, ancora una volta, di D. 25.2.1.

D. 25.2.1 (Paul. 7 Sab.): *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimatibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas, vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino e Proculo, furt[o](um) quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure. in qua sententia et Iulianus rectissime est.*

Il testo, dopo aver detto che il « singolare » istituto dell'*ara.* fu introdotto contro la ex-moglie perché non parve opportuno (ai *veteres*) che contro costei si agisse con azioni da furto, continua accennando ad una divisione di opinioni tra giuristi protoclassici: alcuni (tra cui Nerva e Cassio) ritenevano che la moglie addirittura non facesse furto al marito, visto che la *societas vitae* la rendeva *quodammodo domina* delle sue cose; altri (tra cui Sabino e Proculo) ritenevano che la moglie il furto lo commettesse, salvo che il diritto positivo (*constitutum ius*) negava contro di lei l'*actio furti*: opinione, quest'ultima, accettata da Giuliano e dallo stesso Paolo (*rectissime*). Il dettato, salva qualche piccola menda, è sostanzialmente genuino⁷⁶. L'accoppiamento di Nerva con Cassio e di Sabino

⁷⁶ Furto sta per *furtum*. *Constituto iure* è stato attaccato dal PFLÜGER, in ZSS. 32 (1911) 177; ma v. *contra* ALBANESE, in AUPA. 20 (1949) 253 e nt. 2. Per la genuinità di *constituto iure* depone (cfr., da ultimo, WACKE 86 s.) l'evidente collegamento del testo con D. 47.2.16 (Paul. 7 Sab.): *Ne cum filio familias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est rell.* (v. anche *retro* nt. 68). Anche attaccato è stato *rectissime* (cfr. WACKE 89 nt. 57): non vi sono elementi per negarne la genuinità, ma, in ogni caso, a volerne riconoscere il

con Proculo, che implica una scissione interna nelle due scuole giurisprudenziali protoclassiche, può sorprendere ed è stato variamente emendato⁷⁷; ma la questione è di secondaria importanza, purché si tenga fermo che l'opinione secondo cui la moglie commette furto ai danni del marito fu sostenuta (e forse fu sostenuta per primo) da Sabino⁷⁸. Certo, il discorso, così come si presenta, può ingenerare l'equivoco che i giuristi, cui *placuit* che contro la moglie non vi fossero azioni da furto, fossero

carattere insitico, non ne derivano conseguenze di ordine sostanziale. L'attacco più energico contro D. 25.2.1 è stato mosso, in polemica con l'ALBANESE (*cit.* 127 ss.), da SOLAZZI, « *Quodam modo* » nelle *Istituzioni di Gaio*, in *SDHI.* 19 (1953) 128 ss. (v. anche in *Iura* 5 [1954] 153), secondo cui sarebbe glossematico, tra l'altro, *quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*. Ma non credo che le critiche del Solazzi colgano nel segno. Giustamente egli segnala che la *societas vitae*, essendo cosa ben diversa da una *communio*, non giustifica l'esclusione delle azioni da furto e che ai Romani dell'età classica era sufficiente, a questo fine, invocare l'*honor matrimonii*; ma egli non tiene presente che la giustificazione del parere di Nerva e Cassio è una giustificazione approssimativa, diciamo pure pressapochista (*quodammodo*), che non è formulata da Nerva e Cassio, ma è riferita da Paolo, cioè da un giurista che non la condivide (*quia... faceret*). D'altra parte, gli stessi Nerva e Cassio, a ben guardare, non sono sinceramente convinti di quel che dicono: essi, infatti, non sono coloro che hanno sostenuto l'inaffidabilità delle azioni da furto tra coniugi, ma sono coloro che, prendendo atto di questa situazione singolare, hanno cercato in qualche modo (eccoci ancora al *quodammodo*) di giustificarla. In ogni caso, che la giustificazione attribuita a Nerva e Cassio non potesse essere assente dal testo genuino, è dimostrato dal fatto che Sabino e Proculo la presuppongono, per il fatto stesso che vi oppongono un'altra spiegazione (quella, ben più realistica, secondo cui il *furtum* c'è, ma non dà luogo ad *actio furti* perché così vuole il *constitutum ius*). È da escludere, quindi, che la motivazione *quia—faceret* sia stata inserita dai commentatori postclassici. Tutt'al più, potrebbe sostenersi che essa sia stata sostituita ad una motivazione diversa. Ma quale sarebbe potuta essere una diversa spiegazione? E perché i postclassici si sarebbero tanto preoccupati di correggerla, visto che in definitiva (avendo, secondo il Solazzi, inserito anche *rectissime*) essi aderivano alla spiegazione di Sabino, di Proculo e di Giuliano?

⁷⁷ Ha cominciato il Cuiacio, accoppiando Sabino con Cassio (per la prima opinione) e Nerva con Proculo (per la seconda opinione): cfr. WACKE 90 nt. 64. Ma v. *infra* nt. 78 e, per quanto riguarda le eventuali disparità di vedute tra giuristi della stessa scuola, cfr., ad esempio, Gai 3.140 (Labeone e Cassio di parere diverso da Ofilio e Proculo).

⁷⁸ Sopra tutto è da considerare (a conferma del *sicuti filia faciat*) quanto risulta da D. 47.2.17 pr. (Ulp. 39 Sab.): *Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere accessu habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a veteribus prodita est*. Ma v. anche Sab.-Ulp. D. 17.2.45, 51 pr., 47.2.45, in materia di *societas*. Limpidamente, sul punto: WACKE 87 ss.

gli stessi giuristi protoclassici (o i loro piú immediati predecessori), sicché, mettiamo, sin verso la metà del sec. I a. C. le azioni da furto furono concesse⁷⁹. Ma l'equivoco è di breve durata, ove si consideri che un certo quale appiattimento delle prospettive storiche deriva dal carattere evidentemente riassuntivo della esposizione di Paolo⁸⁰. Questi deve essersi trovato di fronte ad un periodo di Sabino, autore da lui commentato, nel quale si segnalava la singolarità dell'*ara*. e si sosteneva, probabilmente contro Nerva padre⁸¹, che anche la moglie *furtum facit*, concludendosi che tutt'al piú può negarsi l'*actio furti* contro la stessa in omaggio al *constitutum ius*: anzichè ricorrere, almeno in questo caso, al sistema del commentario lemmatico⁸², che avrebbe eccessivamente dilungato il discorso, Paolo ha messo in contrapposizione, riassumendo, l'orientamento di Nerva (condiviso da Cassio) e quello di Sabino (condiviso da Proculo), chiudendo con la *sententia*, come spesso decisiva, del grande Giuliano.

Veniamo al contenuto del brano di Paolo. L'opinione di Nerva padre e di Cassio è evidentemente influenzata dalla visione del tuttora vigente, anche se decadente, *matrimonium cum manu*, in cui la moglie, essendo *filiae loco*, può dirsi *quodammodo domina* anch'essa⁸³: i due giuristi non fanno, insomma, che estendere il principio ad ogni altra ipotesi di *societas vitae*, o, per dirla con una celebre definizione⁸⁴, di *consortium omnis vitae*. Ma è chiaro che la loro affermazione non ha alcun valore giuridico rispetto al *matrimonium sine manu* (o, piú esattamente, rispetto alle unioni tra persone di sesso diverso, in cui l'*usus* non si è ancora perfezionato col compimento dell'anno, onde dar luogo alla *manus maritalis*)⁸⁵, e che quindi tutta la così detta spiegazione dei due giuristi è al servizio della necessità di giustificare in qualche modo perché le azioni da furto sono tradizionalmente escluse tra coniugi e, relativamente alle

⁷⁹ L'impressione si rafforzerebbe, quando si ritenesse (contro la nostra opinione) che l'*ara*. fu introdotta, approssimativamente, proprio in quel periodo.

⁸⁰ Naturalmente, si potrebbe anche pensare che il riassunto contenuto in D. 25.2.1 sia di mano postclassica (così il SOLAZZI, *cit. retro* nt. 76). Ma è antimetodico ricorrere alla ipotesi del riassunto postclassico (oltre tutto, non suffragata da sufficienti indizi di forma) quando ci si trova, come nella specie, di fronte ad un'opera di commentario a giurista precedente.

⁸¹ Così suppone, credibilmente, il WACKE 90 nt. 62.

⁸² Cfr. SCHULZ, *Gesch.* 264.

⁸³ Cfr., per i *fili in potestate*, Gai 2.157, 159, Ulp. D. 28.2.11. Ma v. SOLAZZI (nt. 76).

⁸⁴ Cfr. Mod. D. 23.2.1.

⁸⁵ V. *retro* n. 4.

sottrazioni operate in costanza di matrimonio, tra ex-coniugi. Sabino e Proculo sono piú realisti. Essi riconoscono che non vi è motivo alcuno per negare che la sottrazione compiuta dalla moglie, sia pure *in manu*, sia un furto⁸⁶ e registrano come dato di fatto che una regola giuridica ormai fissa e indiscutibile (*constitutum ius*)⁸⁷ nega l'esperibilità dell'*actio furti* (si noti: della sola *actio furti*) contro colei *quae uxor fuit*: quindi, sia contro la ex-moglie *sine manu*, che contro la ex-moglie *in manu*. Opinione, quest'ultima, consacrata dall'autorità di Giuliano e condivisa da Paolo⁸⁸, da Trifonino⁸⁹, da Ulpiano⁹⁰, presumibilmente da ogni altro giurista postgiuliano⁹¹. Sostenere, ciò posto, che in diritto classico fosse esperibile tra i coniugi, sia pure *soluta matrimonio*, l'*actio furti* è assurdo, e dipende unicamente dall'aver ragionato *e contrariis*, sulla base della situazione giustiniana, cioè di una situazione in ordine alla quale si assume, affrettatamente, che fu « introdotto » il divieto delle *actiones* penali e *famosae* tra coniugi⁹². Tutt'al piú si può sostenere che, in periodo classico, mentre il marito non poteva agire contro la ex-moglie con l'*actio furti*, questa ultima era invece esercitabile dalla ex-moglie contro l'ex-ma-

⁸⁶ Affermazione praticamente molto importante, perché implica che la cosa rubata dalla moglie sia da considerarsi *res furtiva* e perché comporta la responsabilità *ex delicto* di coloro che hanno partecipato al furto. Sul punto, per tutti, WACKE 89 e nt. 54-56.

⁸⁷ *Constitutum ius* non deve far pensare al *ius singulare* della famosa definizione pseudo-paolina (D. 1.3.16: *ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*): l'*auctoritas constituentium*, infatti, sta ad indicare, almeno secondo me (v. lo scritto cit. *retro* nt. 65), la sola volontà imperiale (per le discussioni sul punto, cfr. ORESTANO, « *Ius singulare* » e « *privilegium* » in diritto romano, in *AUMA*. 11 [1937] estr. 63 ss.). Ma nemmeno l'espressione vale, come pensa il WACKE 91 nt. 67, ad indicare la giurisprudenza, almeno in senso stretto: cfr. in proposito BONFANTE, in *Scr. giur. vari* 2 (1928) 126 ss. Si avvicinano alla retta comprensione il KARLOWA (*RG*. 2.1180) e il FADDA (*Diritto delle persone e della famiglia* [1910] 301), quando parlano di diritto positivo. Bisogna tuttavia tener presente che *constituere* dà l'idea di alcunché di fisso ed immutabile: immutabile dalla giurisprudenza proprio perché non deriva esclusivamente dalla stessa. In definitiva, dunque, direi che, almeno nel nostro caso, l'espressione *constitutum ius* vale come sinonimo di *ius civile*.

⁸⁸ Il quale, in D. 25.2.1, anche se *rectissime* è interpolato, approva certamente Giuliano. Cfr. anche D. 23.4.5.1.

⁸⁹ Cfr. Tryph. D. 25.2.29.

⁹⁰ Cfr. Ulp. D. 25.2.15.1.

⁹¹ L'ultima voce contraria, in ordine di tempo, per quel che risulta, è la voce di Pedio. Cfr. Ped.-Paul. D. 25.2.21.1.

⁹² V. *retro* nt. 72.

rito⁹³: ma l'ipotesi, che non è sorretta da alcun indizio testuale, vien meno, ove si consideri che il marito non poteva certo commettere furto dei suoi propri beni (tra cui si comprendevano le *res dotales*), che comunque per la restituzione delle *res dotales* vi era l'*actio rei uxoriae* e che, infine, per la ipotesi di sottrazione di beni propri della moglie i giuristi classici facevano ricorso alla sola *condictio ex causa furtiva*, anche denominata, come vedremo, *ara*.⁹⁴ Ad ogni modo, quel che per il momento importa segnalare è che da D. 25.2.1 non risulta che tra i coniugi non fosse esperibile la *condictio ex causa furtiva*: anzi, il discorso di Paolo fa intendere, con la limitazione alla sola *actio furti* delle azioni da furto non ammesse, che la *condictio ex causa furtiva*, originariamente anch'essa non ammessa, divenne, nel quadro della dottrina inaugurata da Sabino e da Proculo, pienamente esperibile⁹⁵.

6. — Contro l'ammissibilità della *condictio ex causa furtiva in uxorem* (ed a maggior ragione, contro l'ammissibilità dell'*actio furti*) il Wacke⁹⁶ ha, peraltro, avanzato argomenti che vanno presi in attenta considerazione. A suo giudizio, infatti, le azioni da furto tra coniugi, fatta eccezione per l'*ara*., erano escluse dalla « faktische Vermögensgemeinschaft » che si riconosceva esistente tra le persone unite in matrimonio. « *Prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia* »⁹⁷. Come era sostenibile alla luce di questa

⁹³ In questo senso: ZANZUCCHI (nt. 18) 42.1 ss. e, tra gli altri, FADDA (nt. 87) 299; BONFANTE, *Corso* 1.209; PEROZZI, *IDR*, 1.350 ss., 409 nt. 1; KUNKEL, in *RE*, 14 (1930) 2284; SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos* (1937) 109; GARCIA GARRIDO, *Ius uxorium* (1958) 40 s. *Contra*, tra gli altri: KRETSCHMAR (nt. 17) 200 ss. Più ampi ragguagli in WACKE 66 nt. 4 e 5.

⁹⁴ *Infra* n. 9-11.

⁹⁵ La disputa protoclassica, sul se la sottrazione di cose del marito da parte della moglie fosse qualificabile o meno come furto, si ripete, *mutatis mutandis*, nel diritto moderno. Di fronte all'art. 649 cod. pen. italiano (che dichiara non punibile chi abbia commesso un delitto contro il patrimonio in danno del coniuge non legalmente separato, di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, dello adottante o dell'adottato, di un fratello o di una sorella con lui conviventi) gli studiosi discutono intensamente se la esclusione della punibilità dell'autore implichi che il fatto non costituisce reato perché privo di antigiuridicità o importi solo la esenzione personale dell'autore dalle conseguenze del reato. Sul punto, per tutti: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale* I (1960) 312 ss.

⁹⁶ WACKE 91 ss., 94 ss.

⁹⁷ *Cic. de off.* 1.17.54.

concezione, che la moglie dovesse rispondere del furto commesso a danno del marito, e viceversa? Teoricamente, o meglio *stricto iure*, il furto vi era ed era perseguibile; ma praticamente, e *constituto iure*⁹⁸, ci si limitava all'*ara.*, con l'integrazione della *rei vindicatio* e di una *condictio ex iniusta causa*⁹⁹.

La teoria è ingegnosa, ma, a mio parere, non è felice. Essa contrasta col dettato di D. 25.2.1, non giustifica la esistenza della *condictio ex iniusta causa* e infine, a ben guardare, è in insanabile conflitto con se stessa.

Il contrasto della tesi del Wacke con D. 25.2.1 è chiaro. Se Sabino e Proculo affermarono che l'*actio furti in uxorem* era esclusa *constituto iure*, ciò significa che essi non ritennero giustificabile dal sentimento sociale contemporaneo questa esclusione. Se essi veramente avessero ricolligato l'esclusione dell'*actio furti* alla «faktische Vermögensgemeinschaft», non avrebbero parlato di un *constitutum ius* (essendo la comunione patrimoniale di fatto appunto l'opposto di un *ius constitutum*), ma avrebbero fatto ricorso ad una giustificazione pratica, utilitaria, di immediata evidenza storica e sociale. Per esempio, avrebbero detto (come risulta che si è detto dai giuristi classici in ordine ai furti del *cliens*, del *mercennarius*, del *libertus*)¹⁰⁰ che il furto della moglie è *furtum domesticum*, quindi discriminato, non perseguibile. D'altra parte, si ricordano nelle fonti tre casi eccezionali in cui la moglie era perseguibile con l'*actio furti*: quello di furto commesso dalla moglie in persona di colui di cui il marito fosse divenuto erede, quello di furto commesso dalla moglie in persona del marito prima del matrimonio¹⁰¹, e forse quello di furto commesso dalla moglie in danno dell'attuale marito relativamente a cose che questi avesse ricevuto in comodato e fosse richiesto di restituire al comandante¹⁰². Il Wacke cerca di liberarsi da queste attestazioni, osservando che nei primi due casi il furto aveva preceduto la costituzione della comunione familiare, nel terzo caso la cosa rubata era soltanto in detenzione del marito¹⁰³. Ma è facile replicare che la «fakti-

⁹⁸ V. *retro* nt. 87.

⁹⁹ WACKE 105 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Paul. D. 47.2.90 e Marcian. D. 48.19.11.1, su cui WACKE 94 e nt. 84-86. Il Wacke cita questi due testi per dimostrare che la non perseguibilità del furto non derivava dal rapporto potestativo esistente tra *maritus* e *uxor*.

¹⁰¹ Cfr. D. 25.2.3.2 (Paul. 7 *Sab.*), su cui *infra* n. 12.

¹⁰² Lo si desume da Iust. CI. 6.2.22.4 (a. 530), su cui *infra* n. 12.

¹⁰³ WACKE 102 ss.

sche Vermögensgemeinschaft », se veramente operante, non poteva non coinvolgere anche le *res* sottratte dalla moglie al marito (direttamente o indirettamente) prima del matrimonio, né poteva non estendersi anche alle cose di cui il marito avesse la *naturalis possessio*: una volta costituitasi essa si sarebbe dovuta necessariamente riferire a tutte le *res* di cui il marito avesse ottenuto, a qualsiasi titolo ed in qualsiasi tempo, la disponibilità. Anzi, è ovvio che fosse così, come sempre così si verifica anche nei rapporti coniugali moderni¹⁰⁴; ma è altrettanto ovvio che, non risultando tutte le ipotesi di furto della moglie discriminate, la « faktische Vermögensgemeinschaft » non aveva riflessi di ordine giuridico, almeno in ordine al trattamento del *furtum* tra coniugi¹⁰⁵.

La riprova della tesi che la comunione di fatto tra i coniugi non era operante è costituita dalla esistenza, in diritto classico, di una *condictio* esperibile *soluto matrimonio* dall'un coniuge verso l'altro. Vedremo tra poco¹⁰⁶ se si trattò della *condictio ex causa furtiva* o di una *condictio ex iniusta causa*: certo è che il Wacke non ne contesta l'esistenza e riconosce che essa sovveniva nelle ipotesi in cui non era dato ricorrere all'*ara*.¹⁰⁷ E la « faktische Vermögensgemeinschaft »? Non sostiene il Wacke che la considerazione di questa ultima indusse i classici a ritenere inammissibile sia l'*actio furti* che la *condictio ex causa furtiva*? Che altro era la *condictio*, sia pure *ex iniusta causa*, se non un mezzo giudiziario inteso a far restituire alla moglie le cose di cui si fosse ingiustamente appropriata durante il matrimonio? Se la moglie era tenuta, oltre che con l'*ara*, anche con la *condictio*, a restituire il maltolto, non era questo il segno evidente che la comunione familiare di fatto non la esentava dalle conseguenze giuridiche delle appropriazioni di cose che appartenessero giuridicamente al marito?

Ma vediamola un po' più da vicino, questa « faktische Vermögensgemeinschaft ». Opportunamente il Wacke¹⁰⁸ precisa che essa non consiste in una vera e propria comunione di titolarità patrimoniale, ma consiste piuttosto in una comunanza d'uso e di sfruttamento da parte di ambedue i coniugi dei beni di ciascuno¹⁰⁹: « das Vermögen der Ehegatten (steht)

¹⁰⁴ Per tutti: SANTORO-PASSARELLI, *Il potere domestico della moglie*, in *Foro it.*, 1936, 1.1161 ss.

¹⁰⁵ La comunione di fatto tra coniugi acquista rilievo, in diritto moderno, solo attraverso norme espresse, come ad es. il citato art. 649 cod. pen. ital. (*retro* nt. 95).

¹⁰⁶ V. *infra* n. 7.

¹⁰⁷ WACKE 109 ss.

¹⁰⁸ WACKE 96 s.

¹⁰⁹ Sul concetto di comunanza, cfr. GUARINO, sv. *Comunione*, in *ED.* 8 (1961).

regelmässig in einer faktischen Gebrauchs- und Nutzungsgemeinschaft ». Non si discute: è vero, come pure è vero che di questa concezione corrente si avvertono nel campo del diritto romano, alcuni evidenti riflessi¹¹⁰. Ma è altrettanto certo che la esclusione delle azioni da furto tra coniugi non può essere, a sua volta, concepita come un riflesso della comunanza d'uso coniugale.

Essa, infatti, può servire a giustificare il *furtum usus*¹¹¹, ma non il *furtum rei*, che è quello cui si riferisce tutta la presente questione. Se un coniuge sottrae all'altro coniuge una cosa di sua pertinenza e non lo fa a titolo provvisorio, cioè per usarne, ma a titolo definitivo, cioè per impadronirsene, anche a termini della « faktische Vermögensgemeinschaft » invocata dal Wacke questa azione non si giustifica. Sicché, in conclusione, cade ogni argomento per sostenere che i giuristi romani classici abbiano ritenuto inespugnabile contro la moglie, oltre l'*actio furti*, anche la *condictio ex causa furtiva*.

7. — Della esistenza della *condictio ex causa furtiva*, accanto alla *ara.*, in diritto romano classico, possono addursi, in effetti, prove ed indizi testuali di sufficiente sicurezza¹¹².

¹¹⁰ Il WACKE 97 ss., indica i seguenti punti: la estensione dell'*habitatio* e dell'*usus* al coniuge del concessionario; l'esclusione dal divieto di donazioni tra coniugi delle spese fatte dall'uno o dall'altro coniuge nell'interesse della famiglia; la destinazione degli schiavi di ciascun coniuge al servizio di entrambi; la supposta controversia tra i giuristi classici circa l'ammissibilità dell'*actio furti noxalis* tra coniugi (*actio* che risulta comunque ammessa da D. 25.2.3.1 e D. 47.2.52.3); la (poco credibilmente supposta) tesi di qualche giurista classico che l'*ara.* non competesse (e competesse invece l'*actio furti*) nell'ipotesi di furto operato dalla moglie a danno del coniuge separato (cfr. Ulp. D. 25.2.15 pr.); la inammissibilità del *crimen expilatae hereditatis* tra coniugi; la esperibilità dell'*ara. in simplum* (anziché di un'azione in *quadruplum*) nel caso di *publicatio* dei *bona mariti* (cfr. Herm. D. 25.2.16).

¹¹¹ È fuori discussione che, in virtù della convivenza coniugale, il *furtum* d'uso tra i coniugi era praticamente inconcepibile. Tuttavia, si tenga presente che i giuristi romani escludevano la *donatio inter virum et uxorem* nell'ipotesi che il marito provvedesse al sostentamento degli schiavi e delle bestie della moglie, ma la escludevano nella sola ipotesi che schiavi e bestie fossero stati effettivamente in *usu communi* (cioè non fossero stati dalla moglie riservati a proprio uso esclusivo): cfr. Pomp. D. 24.1.31.30, Scaev. D. 24.1.58.1. Il che conferma che la « faktische Vermögensgemeinschaft » non aveva radici tanto profonde, quanto tende a credere il Wacke.

¹¹² V. già, in questo senso: PAMPALONI (nt. 21) 157 ss. In senso contrario: WACKE 107 ss. Vi sarebbe anche da considerare D. 25.2.24, ma per esso si rinvia a quanto esposto nel n. 3. Il MARRONE (nt. 74) 567 ss., ammette che in diritto clas-

D. 25.2.25 (Marcian. 3 reg.): *Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit. sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.*

Il testo è stato, qua e là, rimaneggiato, ma il *puto* della frase finale rende incredibile che sia stato manomesso dai compilatori: lasciando impregiudicata la dibattuta questione del riferimento al *ius gentium*, vogliamo accettarne, in questa sede, per buona anche la frase terminale¹¹³. Dice, dunque, Marciano che presupposto dell'*ara.* è il *divortii consilium* della moglie, sempre che ad esso abbia fatto effettivamente seguito il divorzio¹¹⁴: le cose sottratte al marito dal *divortii consilium* in poi formano, insomma, oggetto della *reipersecutio* dell'*ara.* Viceversa, aggiunge il giurista classico, per le cose rubate dalla moglie *in matrimonio*, cioè prima che si maturasse il *divortii consilium*, l'*ara.* non è applicabile e il marito può ricorrere alla *condictio*¹¹⁵. È fuor di dubbio che la *condictio* competerà al marito (evidentemente, come l'*ara.*, *soluta matrimonio*) perché la moglie *non ex iusta causa possidet*, ma il motivo per cui la moglie non possiede *ex iusta causa* le cose, che *in matrimonio marito subtraxit*, che altro è se non il *furtum*? Dunque, è chiaro che qui Marciano si rife-

sico fosse esperibile tra coniugi una *condictio* per le *res amotae*, ma sostiene che il punto non fosse pacifico e che, in particolare, contro l'ammissione della *condictio* fossero (oltre Nerva e Cassio: cfr. D. 25.2.1) Giuliano e Paolo. Ciò si dedurrebbe: in primo luogo, dalla inverosimiglianza che si ammettesse l'*actio ad exhibendum* in ordine ad ipotesi in cui già si ammetteva l'esperimento di una *condictio*; in secondo luogo, dal fatto che Iul. D. 25.2.22.1 e Paul. D. 25.2.6.4 parlano solo di *hereditatis petitio* e di *actio ad exhibendum* (omettendo la menzione della *condictio*); in terzo luogo, dal carattere interpolatizio dei testi che potrebbero essere invocati in contrario (Paul. D. 25.2.6.5, Ulp. D. 25.2.17.2, Paul. D. 13.1.19). La tesi urta, a mio avviso, contro la lettura di D. 25.2.1, dalla quale risulta (*retro* n. 5) che Sabino, Proculo, Giuliano e Paolo escludevano solo l'*actio furti* tra coniugi. Quanto al fatto che due testi, uno di Giuliano ed uno di Paolo, omettono di parlare della *condictio*, lo stesso Marrone sembra considerarlo non determinante.

¹¹³ Ampio ragguaglio bibliografico in WACKE 109 nt. 18 e 19.

¹¹⁴ È quanto dire che presupposto è la sottrazione avvenuta *divortii causa*: v. *retro* n. 1 e nt. 2.

¹¹⁵ In altri termini, il giurista classico pone una differenza tra le relazioni coniugali normali (*in matrimonio*) e quelle minacciate da un divorzio preordinato dalla moglie.

risce alla *condictio ex causa furtiva* o, piú in generale, ad una *condictio* comprensiva anche della *causa furtiva*¹¹⁶.

D. 25.2.6.5 (Paul. 7 Sab.): *Aristo et condici [ei] < eas >¹¹⁷ posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent.*

Se la moglie ha derubato il marito non *divortii causa* e il matrimonio si è sciolto per morte del marito, gli eredi di costui potranno rivalersi nei confronti della donna con la *hereditatis petitio* o far ricorso all'*actio ad exhibendum*¹¹⁸, ma Aristone ammette anche l'esercizio della *condictio (ex causa furtiva, evidentemente)*, visto che manca alla ex-moglie la *iusta causa retinendi*^{119 120}.

D. 25.2.17.2 (Ulp. [30] <34>¹²¹ ed.): *Non solum eas res, quae extant, in rerum amotarum iudicium venire Iulianus ait, verum etiam*

¹¹⁶ Per i classici, infatti, la *condictio* è una sola ed ha come presupposto la mancanza di una *iusta causa retinendi*: SCHWARZ, *Die Grundlage der «condictio»* (1952) 212 ss. La indicazione del fondamento specifico delle singole *condictiones* non è sempre data esplicitamente e spesso bisogna desumerla dalla fattispecie.

¹¹⁷ BESELER, *Beitr.* 4.47. Il MARRONE (nt. 112) 571 nt. 392, sostiene, sulla traccia di molti altri (v. *Ind. itp. ahl.*), anche l'interpolazione di *recte*: il che, peraltro, non significa che Paolo non condividesse l'avviso di Aristone.

¹¹⁸ Cfr. Iul. D. 25.2.22.1.

¹¹⁹ Senza motivo il Wacke invece ipotizza la concessione di una *condictio ex iniusta causa*: WACKE 47 nt. 38 e 110 s. Eppure qui *ex iniusta causa* è solo la motivazione generica della concessione della *condictio*: v. *retro* nt. 116. Fu solo Giustiniano a creare, su suggestione della scuola postclassica, la denominazione di *condictio ex iniusta causa* (rubr. D. 12.5). Il che non significa che egli si sia dato la pena di interpolare i testi classici per far risultare questa specie di *condictio*: tanto meno lo avrebbe fatto in materia di furti coniugali, visto che per essi egli ritiene applicabile, accanto all'*ara*, la *condictio furtiva*.

¹²⁰ È interessante segnalare un caso limite, di cui tratta D. 25.2.21 pr. (Paul. 37 ed.): *Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus divortisset, si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.* La moglie, ritenendo che il marito sia in procinto di morire e senza speranza di guarigione, si allontana di casa, portando seco oggetti di pertinenza del coniuge: l'*amotio* non è stata operata *divortii causa* (ma *mortis causa*, visto che la moglie non aveva piú alcuna speranza nella guarigione del marito), tuttavia, in realtà, essendosi la moglie allontanata per sempre dal domicilio domestico quando il marito era ancora in vita, si è verificato un divorzio (*divortisset*). Ebbene, il marito miracolosamente guarisce e il *matrimonium* non viene *redintegratum* (o perché la moglie non vuol far ritorno, o perché il marito non vuol riceverla): quale azione dovrà esercitarsi contro la moglie per la restituzione delle *res amotae*? Paolo si dichiara, tutto sommato, per una estensione utile dell'*ara*. (La letteratura sul testo è riportata in WACKE 48 nt. 30: col WACKE 47 s., non concordo pienamente nell'interpretazione del caso).

¹²¹ KRÜGER.

*eas, quas in rerum natura esse desierunt: simili modo etiam [certi]*¹²²
eas condici posse ait.

Insegna Giuliano che l'*ara.* non ha per oggetto le sole *res amotae* tuttora esistenti ma anche quelle perite: analogamente (*simili modo*) le *res amotae* della moglie (*eas*) formano oggetto di *condictio*¹²³. Il Wacke riconosce che qui Ulpiano parla della *condictio ex causa furtiva*, ma aggiunge subito che il giurista non allude ad una *condictio* contro la moglie: si tratterebbe soltanto di un parallelismo (*simili modo*) istituito tra *ara.* e *condictio*¹²⁴. Parallelismo, d'accordo; ma relativo alle *res amotae* (sia *extantes* che *non extantes*), dunque indicativo di una *condictio ex causa furtiva* esercitabile contro la moglie.

D. 13.1.19 (Paul, 3 Ner.): *Iulianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictioem in peculium respondit.*

Paolo riferisce di un responso di Giuliano, secondo cui, in caso di *res amotae* da una *filia familias*, il marito può esercitare la *condictio in peculium* contro il padre della stessa. Non sappiamo se si sia trattato, nella specie, di *res amotae divortii causa*, o meno. Quindi, le possibilità di interpretazione sono due: o le *res* furono *amotae divortii causa*¹²⁵, e allora l'espressione *condictio* sta in luogo di *ara.*, giusta quanto verremo sostenendo tra breve¹²⁶; o le *res* non furono *amotae divortii causa*¹²⁷, e allora non si vede perché la *condictio* debba essere quella *ex iniusta causa*¹²⁸, anziché, come la logica suggerisce, quella *ex causa furtiva*. Si noti ancora che la prima interpretazione è più probabile: sia perché risulta che l'*ara.* era esperibile *in peculium* contro il *pater familias* della *mulier*¹²⁹; sia perché risulta che Giuliano negava la responsabilità

¹²² *Ind. itp.* e citati da WACKE 60 nt. 22.

¹²³ L'interpretazione è suffragata da B. 28.11.17.2 e dallo sch. "Εγγως (H. 3.305 s.). Diversamente lo sch. di Doroteo οὐ μόνον, che peraltro specifica trattarsi della *condictio ex causa furtiva*. Per l'interpolazione di *simili modo rell.*, da ultimo, BERETTA, in *RISG.* n. s. 3 (1949) 313, contro cui giustamente WACKE 60 nt. 24.

¹²⁴ WACKE 60.

¹²⁵ In questo senso: v. MAYER, *Conditio* (1900) 194 s.; RICCOBONO, in *AUPA.* 3-4 (1917) 556 nt. 4, 633 s.; LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* 1 (1918) 452.

¹²⁶ V. *infra* n. 8.

¹²⁷ Cfr. HUVELIN (nt. 49) 625.

¹²⁸ Cfr. ZANZUCCHI (nt. 18) 47.18; WACKE 132 nt. 18. Per la *condictio ex causa furtiva*, BRONDI, in *AUPA.* 10 (1925) 96 ss.

¹²⁹ V. *infra* n. 10, a proposito di D. 25.2.6.1.

peculiare del padrone nel caso di furto commesso da uno schiavo¹³⁰.

8. — Eccoci dunque ora in grado di precisare, sia pure induttivamente, quale deve essere stata l'evoluzione di pensiero della giurisprudenza romana classica in ordine ai furti commessi dalla moglie a danno del marito.

Il punto di partenza fu costituito dall'antica regola circa la non esperibilità delle azioni da furto tra ex-coniugi e, ad un tempo, dal risalente *iudicium singulare*, denominato *ara.*, esercitabile *divortio facto* contro la moglie che *divortii causa res amovisse dicitur*¹³¹. Posti di fronte a questo stato di cose, Sabino e Proculo osservarono che in realtà la moglie, quando *res mariti amovet*, commette furto, anche se non è, *constituito iure*, perseguibile¹³². Essi ed i loro successori osservarono qualcosa di più: e cioè che l'*ara.* era una sorta di *condictio ex causa furtiva*¹³³. Perciò, dato che almeno nella ipotesi di *res amotae divortii causa* la *reipersecutio* già risultava ammessa, la giurisprudenza trovò giusto ammetterla, sotto l'ovvia forma della *condictio ex causa furtiva*, anche in ordine a qualsivoglia altra ipotesi di *res viro amotae*¹³⁴.

Procedendo lungo questa strada, si giunse al punto (è molto importante per noi notarlo) di qualificare talvolta l'*ara.* col termine di *condictio*: il che sembra certo per Ulp. D. 25.2.24¹³⁵ ed è probabile per Iul.-Paul. D. 13.1.19¹³⁶.

Vi è di più: Gaio attribuisce esplicitamente all'*ara.* il carattere di una *condictio*.

D. 25.2.26 (Gai. 4 ed. prov.): *Rerum amotarum actio condictio est.*

L'*ara.* è una sottospecie della *condictio*. Così parlando, Gaio non allude evidentemente alla sua struttura, non fosse altro perché nelle Istituzioni egli riferisce il concetto di *condictio* alle *actiones in ius* personali, *quibus dari fierive oportere intendimus*¹³⁷. Egli allude alla funzione reipersecutoria dell'*ara.*, alla *iniusta causa retinendi* che la giustifica,

¹³⁰ Cfr. Afr. D. 19.1.30 pr. Gratuita è l'ipotesi che il testo si riferisse originariamente alla *retentio*: da ultimo, in questo senso, MARRONE (nt. 112) 573 e nt. 395.

¹³¹ V. retro n. 4.

¹³² V. retro n. 5.

¹³³ V. retro n. 7.

¹³⁴ V. infra n. 9.

¹³⁵ V. retro n. 3.

¹³⁶ V. retro n. 7.

¹³⁷ Cfr. Gai 4.5.

più precisamente alla *causa furtiva* da cui scaturisce. Ritenere alterato il passo¹³⁸, sia pure « nicht in reformatorischer Absicht »¹³⁹, è del tutto ingiustificato. Arbitrario è quindi sostenere che, in una presunta redazione originale, il giurista classico abbia voluto limitarsi a segnalare che tra *ara.* e *condictio* esistono vari punti di contatto¹⁴⁰.

9. — Ma la giurisprudenza classica non sarebbe stata quella grande giurisprudenza che fu, se, incamminatasi sulla strada dell'ammissione di una azione reipersecutoria in ordine a tutte le ipotesi di *res amotae* dalla moglie al marito, non avesse parallelamente ragionato per le ipotesi, sia pur meno frequenti in pratica, di *res amotae*, dal marito alla moglie. Se, come crediamo, contro il marito già non esisteva *ab antiquo* la possibilità di esperire l'*actio furti*, o quanto meno la *condictio ex causa furtiva*, è ragionevole pensare che il riconoscimento della *condictio* del marito contro la moglie dovè procedere di pari passo con quello della *condictio* della moglie contro il marito.

Ho già accenato dianzi quale sia il mio convincimento in materia¹⁴¹. Nel *matrimonium cum manu* il furto del marito (o dell'avente potestà su di lui) a danno della *mulier in manu* era inconcepibile. Nel *matrimonium sine manu* il furto delle *res dotales* da parte del marito era egualmente inconcepibile perché le *res dotales* facevano parte del patrimonio dello stesso marito e la loro restituzione, a matrimonio disciolto, era garantita dalle apposite azioni (*actio ex stipulatu* per la cd. *dos recepticia* e *actio rei uxoriae* per ogni altra specie di dote). L'unica e limitata possibilità di furto del marito ai danni della moglie era attinente, nel quadro del *matrimonium sine manu*, ai cd. beni parafernali, i quali peraltro il più delle volte erano probabilmente trasmessi dalla moglie al marito in fiducia, oppure in deposito, oppure in amministrazione, sì che la moglie era già vantaggiosamente tutelata nei suoi interessi dalle azioni relative¹⁴². D'altra parte, se per la moglie lungamente si ritenne che non si potesse agire di furto contro di lei, a maggior ragione lo si dovette ritenere nei riguardi del marito: il quale, pur quando fosse

¹³⁸ Cfr. BESELER, in ZSS. 45 (1925) 470.

¹³⁹ Cfr. WACKE 145 s.

¹⁴⁰ Oltre tutto, i punti di contatto tra le due azioni erano tanti e talmente rilevanti, che Gaio avrebbe dovuto piuttosto dire per quali motivi l'*ara.* non fosse da considerare proprio una *condictio*.

¹⁴¹ V. *retro* n. 4.

¹⁴² V. *infra*, nel commento a D. 23.3.9.3.

privo di *manus maritalis*, godeva nei confronti della moglie di soverchiante autorità e prestigio¹⁴³. La mia tesi è, pertanto, che, agli albori del periodo classico, alla deficienza di azioni da furto contro la moglie (né l'*ara*, era allora considerata azione da furto) dovette corrispondere la mancanza di azioni da furto della moglie contro il marito. Tuttavia, non è credibile, a mio avviso, che, per l'introduzione di un'*actio reipersecutoria* contro il marito ladro si sia atteso, nientemeno, sino a Marcello¹⁴⁴. La introduzione della *condictio ex causa furtiva* contro il marito dovè andare, ripeto, di pari passo col riconoscimento della *condictio ex causa furtiva* contro la moglie, sicché possiamo essere sufficientemente tran-

¹⁴³ Cfr., sul punto: BONFANTE, *Corso* 1.207 ss.

¹⁴⁴ È la tesi del WACKE 73 ss., 77 s., secondo il quale la relativa indifferenza dei giureconsulti classici verso l'ipotesi di sottrazioni operate dal marito a danno della moglie si spiegherebbe per i seguenti motivi: perché l'*ara* fu creata in relazione al matrimonio *cum manu*, che non comportava la possibilità per la moglie di avere del suo; perché ai tempi della redazione giuliana dell'editto, la *conventio in manum* era praticamente estinta, sicché non si pensò ad integrare l'editto relativo all'*ara in uxorem* con un editto relativo all'*ara in maritum*; perché nel matrimonio libero le mogli, prescindendo dalla *dos* (che era sicuramente *in bonis mariti*), amministravano personalmente e gelosamente i propri beni, sottraendoli ad ogni ingerenza dei mariti. Tutte e tre le affermazioni sono esatte, ma sono anche, a mio avviso, male impiegate per giustificare il presunto disinteresse dei classici verso i furti a danno della moglie. A partire, quanto meno, da Sabino e da Proculo, le sottrazioni a danno del marito (sia relative a beni dotali, che relative a beni di diretta provenienza dal patrimonio del marito) dovettero essere tanto frequenti e rilevanti, da indurre i giuristi a qualificarle come furti, almeno per impedire la *usucapio* e per rendere penalmente responsabili i complici. È inammissibile che i giuristi classici non abbiano quindi pensato che come furti dovessero essere qualificati, quanto meno ai fini della *reipersecutio*, anche le eventuali sottrazioni operate dal marito. Anche a voler ammettere che una codificazione giuliana vi sia stata (ma v. *retro* nt. 17), che l'editto giuliano non abbia parlato anche dell'*ara in maritum* è spiegabilissimo: sia perché l'*ara* (« *iudicium singulare* ») era ormai un istituto superato, inquadrato entro la *condictio ex causa furtiva*; sia perché l'editto pretorio era a sua volta, già dalla fine del sec. I a.C., un testo superatissimo, che i pretori confermarono di anno in anno, senza quasi più integrarlo e modificarlo. Infine, se fosse vero (ma è vero soltanto in parte) che le matrone romane del periodo classico evitavano di concedere ai mariti ogni ingerenza sui beni loro propri, a maggior ragione sarebbe stato bruciante, per i giuristi classici, il problema delle sottrazioni operate dai mariti a danno delle mogli. Ed invero, che le matrone romane non fossero modelli di oculatezza nella gestione (quindi, anche nella custodia) dei loro beni patrimoniali, è dimostrato *per tabulas* dal fatto che l'autorità pubblica si sentì addirittura in dovere di intervenire con i divieti di *intercessio* (cfr., da ultimo: MEDICUS, *Zur Geschichte des SC. Velleianum* [1957]).

quilli che, a partire da Sabino e da Proculo, la moglie fu legittimata ad agire di furto contro il marito mediante la *condictio ex causa furtiva*. Quanto all'*ara*, non dimentichiamo che essa fu sempre più sicuramente classificata dai giuristi classici come una sottospecie della *condictio*¹⁴⁵. Nulla di più naturale, quindi, che i giuristi classici l'abbiano talvolta confusa con la *condictio*, qualificando sporadicamente come *ara* la *condictio in maritum*. La famigerata estensione dell'*ara* alla moglie fu, dunque, effettivamente operata in periodo classico. Ma guardiamoci bene dal correre, indottivi dalla suggestione dei testi, ad affrettate conclusioni. L'estensione, ripeto, vi fu; ma non ebbe affatto il carattere di una rivoluzionaria riforma¹⁴⁶, e varrà a confermarlo l'esegesi delle fonti relative al nostro argomento¹⁴⁷.

D. 23.3.9.3 (Ulp. 31 Sab.): *Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερα dicunt, ... videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum...*

Il frammento, certamente parafrastico, è notissimo alla critica, e può ben darsi che presenti notevoli alterazioni di sostanza¹⁴⁸. Quel che mi preme di rilevare è che esso, nei brani trascritti, imposta un problema validissimo per il diritto classico: a che titolo risponde il marito della mancata restituzione (*si non reddantur*) dei beni propri della moglie, quando il matrimonio sia sciolto? Ebbene, le azioni che qui si prospettano accessibili alla moglie (o a chi per lei) sono tre: *actio depositi* o

¹⁴⁵ V. retro n. 8.

¹⁴⁶ Si sarebbe trattato di riforma rivoluzionaria sopra tutto per chi, come il Wacke, esclude la esperibilità, in età classica, di azioni da furto (*ara*, esclusa) tra marito e moglie. Si sarebbe trattato, inoltre, di una riforma ben strana, considerato che (sempre secondo il Wacke) una cosa sottratta *divortii causa* dalla moglie al marito (e, a partire da Marcello, dal marito alla moglie) era *res furtiva*, mentre non lo era se non sottratta *divortii causa*. Se poi a questo mio rilievo si vorrà rispondere che qualunque cosa sottratta da un coniuge all'altro (anche al di fuori dei presupposti di applicazione dell'*ara*) era *res furtiva*, ecco che vien subito fatto di replicare: se era *res furtiva*, perché la *reipersecutio* era garantita da una *condictio ex iniusta causa*, e non da una *condictio ex causa furtiva*?

¹⁴⁷ Lasciemo da parte Ulp. 7.2 per le considerazioni esposte retro n. 2.

¹⁴⁸ Per i problemi sollevati dal testo, cfr.: GERNER, *Beiträge zum Recht der Parapherna* (1954) 58 (ivi la bibliografia precedente); MARRONE (nt. 112) 362 ss.; GARCIA GARRIDO (nt. 93) 39 ss.; MAYER-MALY, « Vulgo » und *Vulgarismus*, in *Labes* 6 (1960) 17 s.; GAUDEMET, in *Ius* 12 (1961) 454 s.; WACKE 71 s. Vivace difesa della genuinità in KRETSCHMAR (nt. 17) 203 ss.

actio mandati, se la moglie mise i suoi beni nelle mani del marito; *actio rerum amotarum*, in caso diverso¹⁴⁹. A mio avviso, è evidente che qui *ara.* vale come sinonimo di *condictio ex causa furtiva*. Ed infatti: Ulpiano non ha potuto parlare di *furtum*, se è vero che l'*actio furti* tra coniugi non era ammessa nemmeno in età classica¹⁵⁰; Ulpiano non ha potuto parlare di *ara.* nel senso limitato di azione relativa alle *res* sottratte *divortii causa*, perché sarebbero rimaste scoperte le altre possibilità di appropriazione indebita da parte del marito¹⁵¹; Ulpiano non ha potuto scrivere *condictio ex causa furtiva* in luogo di *ara.*, perché i postclassici e Giustiniano non avrebbero avuto ragione di interpolare *ara.* al posto di *condictio*¹⁵².

D. 42.1.52 (Tryph. 12 disp.): *Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam [videatur] (quibusdam videtur) ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, in solidum (maritus) condemnari debet, quoniam ex [male contractu et] delicto (actio) oritur.*

Il marito è stato convenuto dalla moglie, *divortio facto*, con l'*ara.*: gli si può accordare la *taxatio in id quod facere potest*, così come gliela si accorda quando è convenuto con l'*actio rei uxoriae*?¹⁵³. No, risponde Trifonino, perché la *taxatio* è ammissibile solo in ordine alle azioni non derivanti da delitto¹⁵⁴; viceversa, pur se taluni giuristi ritengono che l'*ara.* trovi la sua ragion d'essere nella *societas vitae* dei coniugi¹⁵⁵, sta di fatto che, secondo la concezione ormai dominante¹⁵⁶, essa scaturisce da

¹⁴⁹ Del tutto ingiustificata la correzione proposta dallo ZANZUCCHI (nt. 18) 42.5 ss.: «*agetur furti, si animo furandi maritus eas retineat*». Cfr. WACKE 71 s. e nt. 30 e 32.

¹⁵⁰ V. *retro* n. 5. L'ipotesi dello ZANZUCCHI, *cit.*, secondo cui la fattispecie trattata nel testo è quella di una sottrazione operata dal marito *post divortium*, non regge, perché le *res* della moglie vanno rese dal marito al momento del divorzio. Così, giustamente, WACKE 71 s.

¹⁵¹ Né, d'altro canto, può trarsi dal testo uno spunto qualsiasi per ritenere che il marito abbia sottratto le cose della moglie *divortii causa*.

¹⁵² V. *retro* n. 1 nt. 8 e *infra* n. 12.

¹⁵³ *Ea quoque actio*, riferito all'*ara.*, fa intendere che l'altra azione cui si pensa, e in ordine alla quale non sussiste dubbio alcuno che al marito spetti la *condemnatio* limitata, sia l'*actio rei uxoriae*. Cfr., su questo punto, LEVET, *Le bénéfice de compétence* (1927) 9 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Sin. 12, fr. Argent. (in FIRA. 2.310 s.), Mod. D. 42.1.20. Il beneficio della *taxatio* limitata, originariamente applicabile al solo caso dell'*actio rei uxoriae*, fu esteso da un rescritto di Antonino Pio alle obbligazioni del marito *ex omni contractu*: LEVET (nt. 153) 15 ss.

¹⁵⁵ Cfr. D. 25.2.1 e *retro* n. 4.

¹⁵⁶ *Quamquam—habuisse* è stato ingiustamente sospettato di interpolazione da

un'azione delittuosa di furto. Non vi è ragione per credere che il testo sia sostanzialmente guasto¹⁵⁷. Esso fondamentalmente collima con Paul. D. 25.2.1¹⁵⁸, salvo che prospetta l'ipotesi reciproca: quella di una azione reipersecutoria esercitata contro il marito, *divortio facto*, presumibilmente in ordine alle *res* da lui sottratte *divortii causa*. L'impulso a qualificare quest'azione come *ara*, è pienamente spiegabile.

D. 25.2.21.6 (Paul. 37 ed.): *Nec viro nec mulieri prodest in hoc iudicio, si facere non possunt: pendet enim id ex furto.*

Nell'*iudicium rerum amotarum* non è a parlarsi di limitazione della condanna all'*id quod facere potest* né per il marito né per la moglie, perché l'*ara*, trova il suo presupposto in un delitto di furto. Il testo solleva indubbiamente una grave difficoltà, perché implica a stretto rigore, che quando il *iudicium* non *pendet ex furto* la moglie possa usufruire, alla pari del marito, della *condemnatio* limitata: è, viceversa, fondato convincimento dei più che il rescritto di Antonino Pio sulla *condemnatio in id quod facere potest* del marito *ex omnibus contractibus*¹⁵⁹ sia stato esteso alla moglie solo in età postclassica¹⁶⁰. D'altra parte, un'interpolazione del brano di Paolo non è verosimile, a meno che voglia sostenersi ch'esso sia stato integralmente rielaborato¹⁶¹. Io penso, pertanto, che il testo sia genuino e che il suo insegnamento possa essere spiegato pur

ZANZUCCHI (nt. 18) 42.2 ss.: per la genuinità, da ultimo, WACKE 67 s. e nt. 13. Tuttavia, il *quamquam* col congiuntivo fa intuire che un guasto possa esservi stato: di qui la mia integrazione *quamquam (quibusdam videtur) rell.* In altri termini, a differenza di quel che sembra intendere il WACKE 94, io penso che Trifonino, convinto com'è che l'*amotio* operata dalla moglie (o dal marito) è un furto (cfr. anche Tryph. D. 25.2.29: *veritate furtum fit*), non può aver collegato l'*ara*, alla *societas omnis vitae*, venendo implicitamente a negare la sua natura di azione *ex delicto*.

¹⁵⁷ *Quoniam rell.* o è una glossa (così, dubitativamente, WACKE 68 nt. 16), oppure va corretto come da me proposto. Cercare di salvare *ex male contractu*, sostenendo che sia un giuoco di parole (così KRETSCHMAR [nt. 17]), è presso che assurdo. Da respingere, in ogni caso, la ingiustificata (e incredibile) restituzione dello ZANZUCCHI (nt. 18) 42.8 ss., 47.279 s., 284 s., 289: « *si furti cum viro agatur in solidum condemnari debet, quoniam ex delicto actio oritur* ». Sul punto, WACKE 68 e nt. 17.

¹⁵⁸ V. *retro* n. 5.

¹⁵⁹ V. *retro* nt. 154.

¹⁶⁰ Lo si sostiene sulla base della presunta interpolazione (cfr. *Index itp.*) di Mod. D. 42.1.20 nella sua parte finale: *quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*. Cfr., sul punto, LEVET (nt. 153) 35 ss.

¹⁶¹ Non basta eliminare *nec mulieri*: occorre correggere *nec viro* (per esempio: *viro non prodest*) e portare il *possunt* al singolare.

senza ammettere la classicità della *condemnatio* limitata dell'*uxor*. Indubbiamente, l'interrogativo se estendere anche a quest'ultima il *beneficium* del rescritto del divo Pio dovette porsi già ai giuristi classici, e Paolo, nel nostro testo, ce ne fornisce un indizio proprio col dire che in sede di *ara*, la *condemnatio* limitata non sovviene né al marito né alla moglie. È infatti come s'egli, tra le righe, dicesse: trattandosi di una azione *ex delicto*, ogni discussione è superflua.

10. — I tre frammenti dianzi commentati¹⁶² costituiscono prove tutt'altro che limpide della classicità dell'*ara. in maritum*. Sono tuttavia, se non erro, da ritenere prove sostanzialmente sicure. Molto più discutibile è la genuinità formale e sostanziale degli altri testi che si citano a conferma dell'*ara. in maritum*: D. 25.2.11 pr., D. 12.2.16, D. 25.2.7, D. 25.2.6.1, D. 25.2.11.1-3, D. 25.2.14, CI. 5.21.1¹⁶³. In ogni caso, mi sembra di poter escludere che le peculiarità dell'*ara. edittale (in mulierem)*¹⁶⁴ siano state ritenute estensibili dai giuristi classici alla *condictio ex causa furtiva* (o *ara.*, come talvolta pure dicevano) *in maritum*.

D. 25.2.11 pr. (Ulp. 33 ed.): *Marcellus libro [octavo] (septimo)*¹⁶⁵ *digestorum scribit, sive vir uxorem sive uxor virum domo expulit et res [amoverunt] (amovit), rerum amotarum teneri.*

Il testo è considerato la prova regina dell'estensione dell'*ara.* alla moglie¹⁶⁶. Marcello, si dice, non poteva essere citato da Ulpiano unicamente per confermare, cosa risaputissima, che l'*ara.* è data al marito contro la moglie: se Ulpiano si è appellato alla sua autorità, deve essere stato perché egli ha affermato qualcosa di speciale, e il *quid* di speciale e di nuovo, che Marcello ha sostenuto, è appunto che l'*ara.* spetta tanto

¹⁶² Eventualmente, anche Ulp. 7.2, se sono accoglibili le osservazioni esposte *retro* nt. 31.

¹⁶³ I primi tre testi verranno esaminati in questo numero, D. 25.2.11.1-3 e D. 25.2.14 verranno esaminati *infra* n. 11, CI. 5.21.1 formerà oggetto di esame *infra* n. 12.

¹⁶⁴ V. *retro* nt. 8. Non si dimentichi che l'*ara. in uxorem*, secondo il mio modo di intendere, fu creata dal pretore come ipotesi unica, più che rara, di azione reipersecutoria tra coniugi. Quando i giuristi classici, convintisi che le sottrazioni tra coniugi costituissero anch'esse furto, si orientarono verso il riconoscimento della *condictio ex causa furtiva* (anche talvolta denominata *ara.*), evidentemente non ebbero motivo per applicare alla *condictio* le particolarità di regime dell'*ara.*

¹⁶⁵ Cfr. L. Marc. 96.

¹⁶⁶ Per tutti: KRETSCHMAR (nt. 17) 206 s.

al marito quanto alla moglie¹⁶⁷. D'accordo sulla premessa, ma, quanto al contenuto dell'insegnamento di Marcello, obbietto: se Marcello ha voluto dire che l'*ara.* va riconosciuta, oltre che al marito contro la moglie, anche alla moglie contro il marito, lo ha detto davvero malissimo, anzi in modo presso che incomprensibile. A parte il fatto che sarebbe stata tanto più perspicua una costruzione basata sul *non solum—sed etiam*, perché mai egli ha parlato di un marito che scaccia di casa la moglie e di una moglie che scaccia di casa il marito? Il suo discorso aveva, probabilmente, ben altro significato. Cominciamo col rilevare che *amoverunt* non è corretto: anche se Marcello ha voluto intendere che tanto il marito quanto la moglie possono aver rubato, l'espressione esatta è *amovit* o *amoverit*¹⁶⁸. Ciò posto, vien facile pensare che la sostituzione di *amoverunt* ad *amovit* (o *amoverit*) sia stata fatta deliberatamente, e proprio allo scopo di distorcere malamente un discorso che, nella formulazione originaria, letto senza prevenzioni, aveva quest'altro, pure interessante, significato: sia che l'iniziativa del divorzio sia stata presa dal marito e sia stata presa dalla moglie (*sive vir uxorem sive uxor virum domo expulit*), la moglie che *res amovit* (o *amoverit*) è tenuta con l'*ara.*¹⁶⁹. Principio che è espresso nel modo drastico che leggiamo (*domo expellere*), in quanto il *casus* che ha dato origine, o attraverso un quesito reale o attraverso una *quaestio* scolastica, alla considerazione di Marcello è stato, presumibilmente, quello di una moglie che ha preso cose del marito (*res amovit*), non per proprio *divortii consilium*, ma a seguito di uno scaccione ricevuto dal coniuge. E forse alla citazione di Marcello riportata in D. 25.2.11 pr. andrebbe collegato, nella palingenesi dei libri *ad edictum*, in principio generale che Ulpiano formula in D. 25.2.17.1¹⁷⁰ ad illustrazione della clausola editale « *divortii causa res amovisse* »: *divortii causa res amotas dicimus non solum eas, quas mulier amovit, cum divortii*

¹⁶⁷ Così, da ultimo, WACKE 73 ss., il quale giustamente oppugna le critiche dello Zanzucchi e di altri.

¹⁶⁸ In ciò ha ragione ZANZUCCHI (nt. 18) 42.11, 14 ss.

¹⁶⁹ V. *infra* nt. 204 e 205. Si noti che stando a quanto dice Ulpiano, Marcello *scribit*, il che fa pensare che egli non abbia riferito, nel libro 7 *digestorum*, un proprio responso, ma abbia piuttosto fatto una considerazione di carattere generale. Diversamente sembra pensare il KRETSCHMAR (nt. 166), secondo cui, se non erro, lo spunto alla decisione di Marcello sarebbe provenuto dalla fattispecie di un marito licenziato dalla moglie.

¹⁷⁰ Cfr. L. *Ulp.* 978 nt. 3.

consilium inisset, sed etiam eas quas nupta (cioè la moglie ancora sposata)¹⁷¹ *amoverit, si, cum discederet, eas celaverit.*

D. 12.2.16 (Ulp. 10 *ed.*): *Si patronus libertam suam uxorem duxerit, non compelletur iurare de rerum amotarum iudicio, sed et si ipse deferat iusiurandum libertae suae, de calumnia non debet iurare.*

L'interpretazione che la lettura del testo, a tutta prima, suggerisce è questa. Il patrono non è tenuto a prestare il giuramento *in rem* che gli viene deferito nel *iudicium rerum amotarum*, evidentemente dalla liberta sua moglie, che ha promosso l'azione contro di lui; se è invece il patrono a deferire il giuramento *in rem*, evidentemente come attore, egli non è tenuto a *iurare de calumnia*¹⁷². Senonché, mentre la seconda affermazione non sorprende¹⁷³, la prima sorprende moltissimo perché contraddice (o sembra contraddire) la regola generale, secondo cui *quotiens propter rem iuratur, nec parenti nec patrono remittitur iusiurandum*¹⁷⁴. Nella compilazione giustiniana la contraddizione indubbiamente c'è¹⁷⁵ e, per poterla superare, bisogna pensare o che D. 12.2.16 formuli nel primo periodo una eccezione al principio di D. 12.2.14¹⁷⁶, oppure che D. 12.2.16 voglia dire che il patrono è esentato dal *iusiurandum de calumnia* sia quando promuove l'*ara.* contro la moglie liberta e sia quando le deferisce il giuramento « *nihil divortii causa amotum esse* »¹⁷⁷. Ognuno vede quanto sia lambiccata ed instabile questa interpretazione: ragion per cui, tutto sommato, penso che in ordine al diritto giustiniano sia da concludere per la eccezione, in tema di *ara.*, al principio *quotiens propter rem iuratur*¹⁷⁸. Ma veniamo al diritto classico. Francamente, in ordine ad esso, non soddisfa né l'interpretazione lambiccata di cui sopra¹⁷⁹,

¹⁷¹ Non vedo la necessità di correggere *nupta* in *antea*, e tanto meno di ritenerlo interpolato. Nel primo senso, PAMPALONI (nt. 21) 165 nt. 8 e ZANZUCCHI (nt. 18) 42.22 nt. 1. Nel secondo senso, WACKE 46.

¹⁷² Per tutti: LENEL, *EP.* 109 e nt. 1.

¹⁷³ Cfr. Ulp. D. 37.15.7.3 (i patroni, *nec deferentes iusiurandum de calumnia iuranti*), Ulp. D. 12.2.34, Ulp. D. 39.2.13.14, Paul. D. 2.8.8.5. Sul punto, da ultimo, AMIRANTE (nt. 21) 95 nt. 157.

¹⁷⁴ D. 12.2.14 (Paul. 3 *ed.*).

¹⁷⁵ Essa può essere spiegata, anche se non giustificata, con la fretta dei compilatori. Cfr. Enantiofane ad B. 28.11.11 (H. 3.303).

¹⁷⁶ In questo senso, da ultimo: WACKE 69.

¹⁷⁷ In questo senso: ZANZUCCHI (nt. 18) 42.18 nt. 1 e, da ultimo, AMIRANTE (nt. 21) 94 s.

¹⁷⁸ V. *retro*.

¹⁷⁹ Essenzialmente perché *iurare de rerum amotarum iudicio* non significa *iurare de calumnia*.

né l'ipotesi dell'eccezione¹⁸⁰. È chiaro, a mio avviso, che il testo di Ulpiano ha subito, lungo il viaggio compiuto dall'originale classico alla codificazione giustiniana, una alterazione postclassica (e pregiustiniana). Invitano a pensarlo, accanto a minori rilievi di forma¹⁸¹, l'imprecisa e vaga espressione *iurare de rerum amotarum iudicio*, nonché, d'altro lato, il fatto che il libro 10 del commentario edittale di Ulpiano era relativo al solo *iusiurandum de calumnia*¹⁸². Onde io avanzo la ipotesi che il dettato genuino di Ulpiano si limitasse a dire che il patrono non è tenuto a giurare *de calumnia*, se deferisce alla moglie liberta, convenuta con l'*ara.*, il giuramento « *nihil divortii causa amotum esse* ». Una glossa marginale generalizzante tradusse questa asserzione nel principio *si patronus libertam suam uxorem duxerit rell.*¹⁸³. La fusione, non esente da equivoci, della glossa col testo originale fu operata in sede di trascrizioni successive¹⁸⁴.

D. 25.2.7 (Ulp. 36 *Sab.*): *Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.*

Il testo, gravemente guasto, è assai malsicuro¹⁸⁵. Non si capisce come possa effettuarsi la compensazione tra azione della moglie (quale che essa sia)¹⁸⁶ e azione del marito (che sembra voler essere l'*ara.*): la moglie, desiderando opporre all'*ara.* del marito la sua pretesa per le *res* da lui *amotae*, non può far ricorso a sua volta all'*ara.*, ma deve servirsi di un'*exceptio doli*¹⁸⁷. Il Wacke ha supposto, per superare l'ostacolo, che, nell'originale classico, la moglie, attrice con l'*actio rei uxoriae*, opponesse alla pretesa del marito di una *retentio ob res amotas* (*actio, qua maritus agere vult ob res amotas*), la dimostrazione che lei a sua volta

¹⁸⁰ O anche della divergenza di idee tra Paolo (D. 12.2.14) e Ulpiano (D. 12.2.16). Troppo recisa è, per potersi indurre a crederlo, la dizione di Paolo (*quotiens*).

¹⁸¹ Si badi alla discordanza tra *compelletur* e *debet*.

¹⁸² Cfr. L. Ulp. 361-367. In questo senso, da ultimo: AMIRANTE (nt. 21) 95 nt. 157.

¹⁸³ Probabilmente il glossema, apposto ad un brano che si riferiva solo al *iusiurandum de calumnia* nell'*ara. in uxorem*, non volle affatto riferirsi all'*ara. in maritum*.

¹⁸⁴ Solo nel testo risultante (cioè in quello attualmente riportato in D. 12.2.16) il primo periodo ha acquistato, nei confronti del secondo periodo, il senso di un riferimento al *iusiurandum in rem* nell'*ara. in maritum*.

¹⁸⁵ Da ultimo, sul testo, SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano*² (1950) 201 s.

¹⁸⁶ Certamente da respingere, perché semplicistica e arbitraria la correzione dello ZANZUCCHI (nt. 18) 42.10 s.: *Mulier habebit furti actionem rell.*

¹⁸⁷ In base al *rescriptum divi Marci*, di cui in I. 4.6.30.

avrebbe potuto esercitare l'*ara*. contro il marito per le sottrazioni operate da costui ai suoi danni¹⁸⁸. Ma Ulpiano non dice che la moglie *compensare potest* con la *retentio* del marito in virtù dell'*ara*. che avrebbe potuto esercitare contro di lui: egli dice (o meglio, sembra dire) che la moglie l'*ara*. l'avrà, la potrà esercitare, salvo a compensare, se lo crederà opportuno, con l'*actio qua maritus agere vult ob res amotas* (cioè, mettiamo, con la *retentio ob res amotas* spettante al marito). Certamente, si intuisce che qui la decisione è questa: la *retentio* del marito *ob res amotas* dovrà essere ridotta, a richiesta della moglie, del controvalore delle cose (non dotali) che il marito abbia sottratto alla moglie stessa. Ma allora alla moglie spetterà un'*exceptio (doli, ob res amotas a marito)*; oppure non le spetterà l'*exceptio*, ma il diritto di chiedere al giudice di tener conto delle sottrazioni operate dal marito nella determinazione della condanna¹⁸⁹. Di *ara*. (o di *condictio ex causa furtiva*) della moglie *in maritum*, insomma, neanche a parlarne.

D. 25.2.6.1 (Paul. 7 *Sab.*): *Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium: si filius familias maritus sit, utrum de peculio an in ipsum actio dari debeat? eadem repetemus, quae de filia familias diximus.*

Il passo non invita a seri rilievi di forma¹⁹⁰, ma la decisione del quesito è formulata in modo (*repetemus, diximus*) che si addice singolarmente ai compilatori giustinianeî, piuttosto che a Paolo: e il sospetto dell'intervento giustiniano è avvalorato dal fatto che le cose *quae de filia familias diximus* non sono contenute soltanto in un precedente brano di Paolo (7 *Sab.*, D. 25.2.3.4), ma anche in due frammenti, strettamente concatenati, che figurano estratti da Pomp. 16 *Sab.* (D. 25.2.4) e da Pap. 11 *quaest.* (D. 25.2.5)¹⁹¹. Ma veniamo alla sostanza. Posto che

¹⁸⁸ WACKE 73.

¹⁸⁹ Sui problemi delle *retentiones* nei confronti dell'*actio rei uxoriae*, cfr. WACKE 14 ss.

¹⁹⁰ Per il suo carattere totalmente compilatorio, v. tuttavia ZANZUCCHI (nt. 18) 4.11, contro cui KRETSCHMAR (nt. 17) 202 nt. 69. Per altri rilievi di minimo conto, cfr. WACKE 138 nt. 49.

¹⁹¹ D. 25.2.3.4 (Paul. 7 *Sab.*): *Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinus aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari vel in ipsam ob res amotas dari actionem. sed si pater adiuncta filia [de dote] (rei uxoriae) agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filia rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat. sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit, (eod. fr. 4, Pomp. 16 *Sab.*): dolove malo fecerit, quo minus ad eum perveniret. (eod. 5,*

l'ara. viene concessa anche *in virum* (si domanda), se il marito è *filius familias*, lo si dovrà convenire personalmente, o si dovrà invece esperire un'azione *de peculio* contro il suo *parterfamilias*? Dai tre frammenti relativi alla *filia familias l'ara. in peculium* contro il padre risulta ammessa, e ce ne conferma anche Giuliano¹⁹², ma è chiaro che ciò dipende da uno strascico della vecchia concezione per cui *l'ara.* non era azione di furto¹⁹³, ed è ancora più chiaro che Proculo e Paolo, Pomponio e Papiniano fanno di tutto per ridurre, con temperamenti vari, questa eccezione entro i limiti più ristretti¹⁹⁴. Orbene, per *l'ara. in virum*, riconosciuta solo in età classica, la necessità od opportunità di rispettare un'antica regola non si pone assolutamente. Possibile che, violandosi un principio ormai consolidato, si sia deliberatamente fatto uno strappo, per il gusto di equiparare la posizione del marito convenuto con *l'ara.* a quella della moglie? Dirò di più: possibile che il quesito sia stato addirittura posto? A me non sembra possibile, se è vero che *l'ara.* si inquadrava ormai nella *condictio ex causa furtiva*¹⁹⁵ e che per questa, fosse essa esperita *in maritum* o pure anche *in uxorem*, il problema della responsabilità *de peculio* non sorgeva. Io penso, in altri termini, che i giuristi classici, così chiaramente avversi alla esperibilità di un'*ara. de peculio* contro il *paterfamilias* della moglie¹⁹⁶, non si posero nemmeno la domanda se *l'ara. in maritum* comportasse anch'essa la responsabilità *de peculio* del *paterfamilias*; comunque, se si posero questa domanda, la risposta non poté essere se non negativa. Il testo in esame, insomma, ha tutta l'apparenza di una creazione dei compilatori di Giustiniano¹⁹⁷.

11. — Un discorso particolare meritano i passi relativi ai problemi

Pap. 11 *quaest.*): *Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili iudicio petendum est.* Per le molteplici e dibattutissime questioni di ordine critico relative a questi frammenti, v. WACKE 129 ss.

¹⁹² Iul.-Paul. D. 13.1.19, su cui *retro* n. 7.

¹⁹³ Cfr. D. 25.2.1, su cui *retro* n. 4 e 5.

¹⁹⁴ Se si deve credere alla genuinità dei testi, Proculo (approvato da Paolo) Pomponio e Papiniano tendono ad adeguare il regime dell'*ara.* a quello della *condictio ex causa furtiva*. Cfr. sul punto WACKE 130 ss.

¹⁹⁵ V. *retro* n. 8.

¹⁹⁶ Si noti che Paolo non spende una parola per giustificare l'istituto, ma richiama il parere di Mela e Fulcinio, i quali ancora aderiscono alla tesi che *displicuit eam furti obligari*.

¹⁹⁷ Può anche darsi che il quesito sia stato formulato da un lettore postclassico e che la soluzione che oggi leggiamo sia opera di Giustiniano.

del giuramento in tema di *res amotae*¹⁹⁸, a cominciare dai seguenti, estratti dal libro 33 *ad edictum* di Ulpiano¹⁹⁹.

D. 25.2.11 (Ulp. 33 ed.)²⁰⁰: 1. *Qui rerum amotarum instituit actionem si velit magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius iurare nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret qui iusiurandum defert.* 2. *Iurare autem tam vir quam uxor cogetur. pater autem amoventis iurare non cogitur, cum iniquum sit de alieno facto alium iurare: is ergo cogitur iurare qui amovisse dicitur, et idcirco nec heres eius, qui quaeve amovisse dicitur, iurare cogetur.* 3. *Si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, non videtur praetor permisisse.*

D. 25.2.13 (Ulp. 33 ed.): *Ideo Labeo scribit mulieri non esse permittendum referre iusiurandum, et ita edictum ordinatum videtur.*

D. 12.2.37 (Ulp. 33 ed.): *Si non fuerit remissum iusiurandum ab ea, qui detulerit, sed de calumnia non iuratur, consequens est, ut debeant denegari ei actio [: sibi enim imputet, qui processit ad delationem iuriurandi nec prius de calumnia iuravit, ut sit iste remittenti similis].*

Come ho già detto poc'anzi²⁰¹, non è credibile che qui Ulpiano si riferisse alla *retentio propter res amotas* o anche alla *retentio*, oltre che all'*ara*²⁰². La *retentio*, quale che fosse il modo in cui era fatta valere dal marito convenuto²⁰³, non avrebbe potuto importare la delazione di un *iusiurandum in iure*, ma solo la proposta di un *iusiurandum in iudicio*²⁰⁴. E siccome è assurdo che un *iusiurandum in iudicio* avesse carattere coattivo e che il rifiuto di giurare da parte della moglie implicasse per costei il riconoscimento del torto²⁰⁵, ecco che altro non resta che riferire il nostro brano, relativo ad un giuramento coattivo, al *iusiurandum in iure*

¹⁹⁸ Per quanto riguarda D. 12.2.16, v. *retro* n. 10.

¹⁹⁹ Cfr. L. Ulp. 961 e *retro* nt. 42.

²⁰⁰ Diverso è l'oggetto di D. 25.2.11 pr., su cui v. *retro* n. 10.

²⁰¹ V. *retro* n. 2.

²⁰² In ogni caso, la tesi meno inverosimile è sempre quella del duplice riferimento, sia all'*ara*, che alla *retentio* (v. *retro* nt. 44), perché non si vede come si sarebbe potuti giungere a surrogare un ipotetico *qui propter res amotas utitur retentione* con l'attuale *qui rerum amotarum instituit actionem*: i giustiniani avrebbero, come di solito, sostituito a *retentio* i termini *exactio* o *compensatio* (v. *retro* nt. 22), senza incomodare l'*ara*.

²⁰³ Sul punto, da ultimo: KASER, *Die Rechtsgrundlage der « actio rei uxoriae »*, in *RIDA*. 2 (1949) 522 ss.

²⁰⁴ V. già, in questo senso: BIONDI (nt. 21) 37 nt. 1; AMIRANTE (nt. 21) 93, 96 ss.

²⁰⁵ Quali che fossero le prove addotte, la *sententia iudicis* scaturiva essenzialmente dal libero convincimento del giudice stesso.

dell'*ara*. Per puntellare l'ipotesi del *iusiurandum in iudicio*, è stato supposto²⁰⁶ che esso ed il suo carattere di approssimativa coattività²⁰⁷ siano dovuti alla giurisprudenza classica, la quale ritenne equo estendere, nei limiti del possibile, alla *retentio* un sistema già vigente per l'*ara*.²⁰⁸ Ma è agevole opporre che i brani in esame si riferiscono, con tutta evidenza, ad un regime edittale, non ad un regime giurisprudenziale²⁰⁹, onde è ancor meno verosimile la supposta « grave deviazione dal sistema ». Dunque, il fr. L. 961 non ha nulla a che vedere con la *retentio propter res amotas* e sicuramente concerne l'*ara*.²¹⁰

A questo punto, prima ancora di proseguire nell'esame del brano che più da vicino ci interessa, vien fatto di domandarsi come mai Ulpiano abbia tratto incentivo a parlare del giuramento relativo alla *ara* nel giro di un discorso dedicato all'*actio rei uxoriae* ed alla *retentio*. Potrei rispondere che può averlo fatto (non essendo egli certamente preoccupato da esigenze di rigore sistematico)²¹¹ per un impulso creato dalla

²⁰⁶ Cfr. AMIRANTE (nt. 21) 97 ss., 100 s.

²⁰⁷ L'Amirante riconosce che « la coazione pretoria non poteva esercitarsi che *ante litem contestatam* »; d'altra parte, egli ritiene irrefutabile che il *cogere* di D. 25.2.11.1 e 2 si riferisce al *iusiurandum* in tema di *res amotae* (cfr. p. 99). Pertanto, egli parla di un « suggerimento giurisprudenziale di ritenere confessa la moglie che *in iudicio* si rifiutasse di giurare », suggerimento che implicava « una qualche coattività » del *iusiurandum in iudicio*, con « grave deviazione dal sistema » (cfr. p. 100).

²⁰⁸ Lo spunto testuale su cui l'AMIRANTE 99 s., fonda la sua teoria è costituito da D. 12.2.38 (Paul. 37 ed.): *Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre*. Il testo, relativo all'*ara*. (cfr. L. Paul. 553), è notissimo alla critica e certamente non genuino quanto all'implicita affermazione che la moglie convenuta possa *iusiurandum referre* (v., infatti, D. 25.2.11.3 e D. 25.2.13). L'Amirante lo ammette, ma pensa che debbano esservi stati spunti classici della regola per cui il rifiuto di giurare vale come *confessio*. L'osservazione è esatta perché, se il brano fosse stato totalmente creato dai giustinianeici, questi non avrebbero richiamato (in D. 12.2, *de iureiurando rell.*) il libro 37 *ad edictum* di Paolo, ma piuttosto il libro 18, ch'era relativo proprio all'editto sul giuramento (cfr. L. Paul. 273-284). Tuttavia, osservo che Paolo, nel libro 37 *ad edictum*, non si sa se si occupasse della *retentio propter res amotas*, mentre si sa di certo che si occupava dell'*ara*. (cfr. L. Paul. 551-553). In altri termini, riterrei arbitrario riferire D. 12.2.38 alla *retentio* e noto che lo stesso AMIRANTE 62 nt. 53 e 99 e nt. 171, afferma genericamente che il nostro testo concerneva la *res amotae*.

²⁰⁹ Cfr., in particolare, D. 25.2.11.3 (*non videtur praetor permisisse*) e D. 25.2.13 (*et ita edictum ordinatum videtur*).

²¹⁰ Per poter riferire D. 25.2.11.1 alla *retentio*, coloro che non ritengono quest'ultima limitata alle sottrazioni *divortii causa* sono, inoltre, costretti a segnare l'atetesi di *divortii causa*. Cfr., da ultimo: AMIRANTE (nt. 21) 91 s.

²¹¹ Cfr. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in SB. 1885, 442 ss.

affinità degli argomenti; potrei precisare che può esservi stato indotto dall'opportunità di lumeggiare comparativamente i vantaggi (e gli svantaggi) del sistema dell'*ara*. rispetto a quello della *retentio*²¹²; ma vi è forse anche qualcosa di piú. Ulpiano, se non erro, è stato spinto a parlare del *iusiurandum in iure* relativo all'*ara*. dal fatto che anche la *retentio propter res amotas* comportava la pratica di un *iusiurandum*: giuramento *in iudicio* e non *in iure*, libero e non coattivo, deferibile dal marito, alla moglie oppure viceversa, ma comunque *iusiurandum*. Ce ne fornisce indizio Paul. D. 25.2.14.

D. 25.2.14 (Paul. 18 *ed.*): *De rebus amotis permittendum marito vel uxori de quibusdam rebus iusiurandum deferre, de quibusdam probare.*

Il *de rebus amotis* iniziale è ambiguo e lascia in dubbio se Paolo parlasse del *iusiurandum in iure* in tema di *ara*., o di un *iusiurandum* (evidentemente, *in iudicio*) in tema di *retentio propter res amotas*²¹³. Ma, salvo a credere che il dettato sia ampiamente guasto, il tenore attuale non autorizza il collegamento all'*ara*. perché, come è stato giustamente osservato²¹⁴, posto che il *iusiurandum in iure* escludeva la *litis contestatio*, non si capisce come l'attore potesse riservarsi di provare *apud iudicem* una parte del *petitum*: l'alternativa sarebbe dovuta essere *de quibusdam rebus iusiurandum deferre, de quibusdam actionem instituere*²¹⁵. Dunque, il testo si riferisce alla *retentio propter res amotas* e descrive la possibilità, *apud iudicem*, di surrogare almeno in parte la prova ordinaria con un giuramento deferito dall'uno all'altro coniuge²¹⁶.

²¹² La *retentio* non è limitata alle sottrazioni *divortii causa* (v. *retro* n. 2), ma l'*ara. damnum repraesentat* (v. *retro* nt. 47) e comporta inoltre il vantaggio del *iusiurandum* « *nihil divortii causa amotum esse* ».

²¹³ Se si ammette con noi che il testo di Paolo si riferiva alla *retentio*, può convenirsi che *de rebus amotis* sia stato sostituito da Giustiniano ad un originario accenno esplicito alla *retentio propter res amotas*.

²¹⁴ Cfr. AMIRANTE (nt. 21) 98 s.

²¹⁵ In senso contrario WACKE 64 nt. 47, al quale, peraltro, sembra che sfugga questo punto: che, quando uno ha già promosso l'azione con un certo *petitum* (cioè con la indicazione di una certa *res amota* o di certe *res amotae*), non può deferire il giuramento su una parte del *petitum* e *contestare litem* per il resto. Per il residuo si apre una lite nuova.

²¹⁶ Lo ZANZUCCHI (nt. 18) 42.11 ha sostenuto l'interpolazione di *vel uxori*, partendo dal presupposto che il frammento sia relativo all'*ara*. e che il diritto classico conoscesse solo l'*ara. in uxorem*. Di parere opposto è il WACKE 64, che pure riferisce il testo all'*ara*. L'interpolazione di *vel uxori* è accolta, fra gli altri, dallo AMIRANTE (nt. 214), il quale peraltro assume, come sappiamo, che Paolo parlasse della *retentio*. A mio avviso, posto che nella specie si trattava di un *iusiurandum*

Assodato il motivo per cui Ulpiano può aver parlato del *iusiurandum in iure* relativo all'*ara*, nel libro 33 del suo commento edittale, cioè in tema di *actio rei uxoriae*, possiamo affrontare il quesito di fondo. A prima vista sembrerebbe risultare da tutto lo squarcio che per Labeone (fr. 13) l'*ara* era solo *in mulierem*, mentre per Ulpiano (fr. 11) si intendeva per *ara* anche quella *in maritum*: lo proverebbero l'*adversarius* (in luogo di *adversaria*) del § 1, il *tam vir quam uxor* e il *qui quaeve amovisse dicitur* del § 2, tutta la formulazione di D. 25.2.11.1-3. Ma ho molti dubbi in argomento. In primo luogo, rilevo che, se è vero che Ulpiano, citando Labeone (che parla solo dell'*ara in mulierem*), dice che *ita edictum ordinatum videtur*²¹⁷, è però altrettanto vero che lo stesso Ulpiano, là dove sembra parlare anche dell'*ara in maritum*, parimenti si riferisce (e sarebbe davvero incredibile) all'editto²¹⁸. D'altra parte, osservo che il *tam vir quam uxor* del § 2 si spiega anche in relazione all'*ara in mulierem*: la moglie *cogetur iurare in rem* (« *nihil divortii causa amotum esse* ») e il marito *cogetur iurare de calumnia*²¹⁹. Ancora, il *pater amoventis* che *iurare non cogitur* è il *paterfamilias* della moglie *alieni iuris*, il quale è responsabile *de peculio*²²⁰; l'*heres eius, qui quaeve amovisse dicitur*, che *iurare non cogitur*, è l'erede della moglie ladra o di colui che abbia operato l'*amotio* in complicità con la moglie²²¹. Conclusione: è

in iudicio non coattivo, non vi è motivo per escludere che il giuramento fosse proposto, se del caso, anche dalla moglie al marito.

²¹⁷ Cfr. D. 25.2.13.

²¹⁸ Cfr. D. 25.2.11.3: *non videtur praetor permisisse*.

²¹⁹ Il *cogetur* dell'attore che non giura *de calumnia* deriva dal fatto che *debeat denegari ei actio*: cfr. D. 12.2.37.

²²⁰ V. *retro* n. 10. L'AMIRANTE (nt. 21) 92, trova che l'accento al *pater amoventis* sarebbe decisivo per indurre a riferire il testo alla *retentio*: Ulpiano avrebbe in mente l'ipotesi di un *pater* che agisce per la restituzione della dote *adiuncta filiae persona*. Non trovo.

²²¹ Giova chiarire che la mia interpretazione parte dal presupposto che il processo formulare ammettesse la possibilità del litisconsorzio (così WENGER, *Istituzioni di proc. civ. rom.* [tr. it. 1938] 76 ss. e, da ultimo, PUGLIESE, *Il processo civile romano* 2.1 [1963] 273 ss.; ma v. *contra* BIONDI, *La compensazione in dir. rom.*, in *AUPA*. 12 [1928] 221 ss.) e che, quando il furto fosse stato commesso dalla moglie con complicità di terzi, il marito potesse esercitare l'*ara* anche contro i terzi. I testi, in proposito, sono poco chiari e ne risente, se non erro, anche il pensiero del WACKE 36 ss. e 123 ss., che, francamente, è difficilmente comprensibile. Certo è che, a quanto risulta, chi abbia dato mano alla moglie ladra (o per averle prestato *opem consiliumve* o per aver rubato in una con lei) *tenebitur furti, cum ipsa non teneatur* (cfr. Ulp. D. 47.2.52 pr. e 1): ma questo vale per l'azione penale, non per

tutt'altro che certo che il brano ulpiano costituisca prova dell'*ara. in maritum*²²².

12. — Ho lasciato deliberatamente per ultimo un passo ben noto agli studiosi dell'*ara.*, perché la sua esegesi contribuirà forse a chiarire un equivoco fondamentale, in cui è caduto anzi tutto Giustiniano, ed in cui sono caduti poi, sulle tracce di lui, gli studiosi moderni del nostro tema.

CI. 5.21.2 (Diocl. Maxim. Sereno, a. 290 o 293): *Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito vel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio. constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.*

Letteralmente il testo dice questo: che l'editto²²³ permette²²⁴ alla moglie contro il marito e al marito contro la moglie l'esercizio dell'*ara.* per le sottrazioni effettuate dall'altro coniuge *divortii gratia*; che la ragione dell'*ara.* è in ciò, che in costanza di matrimonio ai coniugi non compete, nei rapporti reciproci, nessuna azione penale o infamante, ma solo un'*actio de damno in factum*. Risultano confermate da questa lettura alcune cose che già sappiamo, e cioè che l'*ara.* era un'azione di creazione pretoria²²⁵, non *poenalis* né *famosa*²²⁶, esperibile in ordine alle sottrazioni operate in vista del divorzio²²⁷. Altre cose giungono invece nuove e, quale più quale meno, sorprendono. Sorprende la notizia che anche l'*ara.*

la reipersecutoria. In ordine a quest'ultima, se contro la moglie era esercitabile (trattandosi di sottrazioni *divortii causa*) l'*ara.* (esercitabile anche quando l'*uxor* avesse prestato *opem*, se non *consilium*, all'autore principale del furto: cfr. Ulp. D. 47.2.52.2, Lab.-Ulp. D. 25.2.19, Marc. D. 25.2.20), è da ritenere, io penso, che il marito potesse convenire con l'*ara.* anche il complice della moglie.

²²² Tralascio di discutere i sospetti di interpolazione che non inficiano, a mio parere, la genuinità sostanziale del testo di Ulpiano. Per essi, cfr. WACKE 73 ss. e AMIRANTE (nt. 21) 91 ss.

²²³ Sulla terminologia *edictum perpetuum* cfr.: da un lato, PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Edikts als «Edictum perpetuum»*, in *Symb. Lenel* (1931) 1 ss.; dall'altro, GUARINO, *La leggenda* (nt. 17) 152.

²²⁴ Secondo lo ZANZUCCHI (nt. 18) 42.3 ss. il testo genuino avrebbe avuto indubbiamente *promittitur*. Della stessa idea è il WACKE 76 nt. 54, che peraltro attribuisce il *permittitur* non ad interpolazione, ma ad errore di scrittura (allitterazione con *perpetuo*).

²²⁵ V. *retro* nt. 10.

²²⁶ V. *retro* n. 8.

²²⁷ V. *retro* nt. 2.

in maritum fosse di introduzione pretoria, mentre ci siamo convinti dianzi che essa, se pure fu classica, fu in ogni caso una creazione giurisprudenziale²²⁸. Sorprende l'inquadramento dell'*ara.* tra le azioni di danno *in factum*: inquadramento che certo non risponde alla visuale classica del *damnum iniuria datum*, ma che si armonizza a pieno con la concezione postclassico-giustiniana del *damnum* come espressione di qualunque ingiusta *deminutio patrimonii*²²⁹. Sorprende sopra tutto la rivelazione (implicita, ma chiarissima) che quest'*actio de damno in factum*, di cui l'*ara.* è una manifestazione²³⁰, fosse esperibile, a differenza delle azioni penali e infamanti, già in costanza di matrimonio²³¹, se addirittura non s'ha da intendere che lo scioglimento del matrimonio permettesse l'esperimento, accanto ad essa, anche dell'*actio furti* penale²³².

Per sottrarsi alle conseguenze derivanti da questa interpretazione rigorosa e puntuale del testo, la dottrina non poteva che seguire due vie: o quella di una correzione delle risultanze di esso perché in contrasto con altre risultanze della compilazione o da armonizzare con esse; oppure quella della correzione dello stesso dettato della costituzione in sede di esegesi critica. Coloro che si son posti sulla prima strada hanno quindi sostenuto che il passo va interpretato come se dicesse che l'*ara.* competeva *soluta matrimonio* per sottrazioni, non penalmente perseguibili, operate *constante matrimonio*²³². Coloro che hanno imboccato la seconda strada hanno « ricostruito » l'originale classico nei modi piú vari,

²²⁸ V. retro n. 9. Abbia il testo originale detto *promittitur*, o abbia invece detto *permittitur*, certo è che l'*ara. in uxorem* e l'*ara. in maritum* sono indicate con lo stesso verbo di provenienza. Appunto perciò il KARLOWA, RG. 2.1180, non ha esitato a supporre che anche l'*ara. in maritum* sia stata introdotta dall'editto; e così pure il Kretschmar ha avanzato l'ipotesi di cui retro nt. 17.

²²⁹ Cfr., per tutti, KASER, RPR. 2.316 s. In particolare: ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in AUPA. 21 (1950) 191 ss.

²³⁰ L'inquadramento dell'*ara.* nell'*actio de damno in factum* è imposto dall'*etenim*. Altrimenti, a voler intendere che *constante matrimonio* compete l'*actio de damno*, ma non compete l'*ara.*, bisogna assurdamente ritenere che l'*ara.* fosse un'*actio poenalis et famosa* anch'essa: cfr. sch. 2 (Enantioph.) ad B. 28.11.16 (H. 3.304 s.).

²³¹ V. nt. 230. Aggiungi che, a voler equiparare l'*ara.* alle azioni penali e famose, quanto meno si è costretti ad ammettere che essa fosse in *ius concepta*: cfr. VANGEROW, *Pand.* 17 (1863) 202.

²³² In effetti, il testo non dice che per le sottrazioni commesse durante il matrimonio non competono azioni penali e famose; esso dice che le azioni penali e famose non competono durante il matrimonio.

²³³ In questo senso (con riferimento al diritto giustiniano), v. da ultimo: WACKE 79 nt. 8.

ciascuno a seconda della propria teoria circa il trattamento classico delle *res amotae*²³⁴. Noi seguiremo ambedue le strade: da un lato per contribuire alla ricostruzione del diritto giustiniano, dall'altro per contribuire alla ricostruzione del diritto classico. Ed invero, per quanto concerne la situazione classica, è ovvio che ogni interpretazione conciliativa è da respingere. L'ipotesi dell'interpolazione è indispensabile. Ma quale interpolazione, da chi operata e perché?

A mio avviso, sostenere che il secondo periodo (*costante etenim matrimonio rell.*) sia di fattura giustiniana, o comunque postclassica, è imprescindibile²³⁵, ma non basta. Anche il primo periodo è guasto, perché non è ammissibile che Diocleziano possa aver attribuito origine edittale all'*ara. in maritum*²³⁶ (o, se si preferisce, origine non edittale all'*ara. in uxorem*)²³⁷. Tuttavia è troppo semplice assumere che Giustiano, o altri prima di lui, si sia limitato ad inserire in quel periodo la menzione dell'*ara. in maritum*²³⁸. A parte il fatto che la menzione del furto operato dal marito addirittura precede la menzione del furto operato dalla moglie²³⁹, le due ipotesi sono tra loro così strettamente intrecciate, che si fa stento a credere ad un'operazione di innesto²⁴⁰. D'altra parte, nemmeno è plausibile che il rescritto originale si sia limitato ad affermare che, *divortii gratia rebus amotis ab uxore, rerum amotarum edicto perpetuo promittitur actio*²⁴¹, perché non si vede quale possa essere stata la consistenza del quesito sottoposto all'imperatore: l'editto pretorio era lì, a disposizione di tutti, per far sapere che l'*ara. in uxorem*

²³⁴ Stato della dottrina in WACKE 76 nt. 54, 79 s. nt. 9 e 10.

²³⁵ Se anche doveva essere assai raro, l'esercizio di azioni penali e famose tra coniugi era comunque, in diritto classico, possibile: cfr. D. 25.2.3.2 (*actio furti*: ma v. *infra* nt. 249), C.I. 5.12.1 (*actio de dolo*), D. 24.1.37, D. 9.2.27.30, D. 9.2.56 (*actio legis Aquiliae*), D. 11.3.17 (*actio servi corrupti*), D. 23.3.38 (*actio mandati*). Su questi testi e sulle interpolazioni da essi subite, cfr. WACKE 78 s.

²³⁶ L'editto pretorio (nella sua redazione giuliana, secondo la *communis opinio*; nel suo testo cristallizzato dell'età tardo-classica, secondo la mia tesi: v. *retro* nt. 17) era ben noto alla cancelleria imperiale: v., in proposito, DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *RIDA*, 4 (1950) 319 ss., 331.

²³⁷ V. *retro* nt. 228.

²³⁸ Cfr. ZANZUCCHI (nt. 18) 42.3 ss.; LENEL, *EP.* 308: *rebus mariti ab uxore amotis*.

²³⁹ Cfr. LONGO C., *Corso di Dir. di famiglia* (1934) 341.

²⁴⁰ Bisognerebbe pensare ad un incredibile: *rebus [uxoris] amotis [a marito vel] ab uxore [mariti]*.

²⁴¹ Così ricostruisce il testo ZANZUCCHI (nt. 238). V. *contra*: KRETSCHMAR (nt. 17) 211 s.

era concessa in ordine ai furti commessi *divortii gratia*. Bisogna pensare, pertanto, che la costituzione di Diocleziano e Massimiano (tutti vedono che doveva trattarsi di un rescritto) sia stata integralmente rimaneggiata da mano postclassica. Quanto all'originale classico, si può supporre, ad esempio, ch'esso sia stato relativo al dubbio di un interrogante (Serenus) circa la esperibilità dell'*ara*, anche *in maritum*^{242 243}. La vastità della manipolazione e il tono autorevole del dettato che ne è scaturito invitano a considerare autore dell'intervento Giustiniano; il quale, di certo, ha voluto dar nerbo al tit. CI. 5.21 *rerum amotarum*²⁴⁴.

Contrariamente a quanto solitamente si pensa, CI. 5.21.2 non dà affidamento alcuno per la ricostruzione del diritto e non è utilizzabile, in particolare, come prova della classicità dell'*ara in maritum*. Ma passiamo a stabilirne il valore per diritto giustiniano. Fermo restando che l'*ara*, classica era esperibile solo *soluto matrimonio*²⁴⁵, non può, non deve sottovalutarsi la notizia di CI. 5.21.2, secondo cui l'*ara*, giustiniana (o, più in generale, la giustiniana *actio de damno in factum*) era esperibile durante il matrimonio. Se ben si guarda, questa notizia non contrasta radicalmente con i frammenti raccolti nei *Digesta*²⁴⁶ perché in essi ci si limita generalmente ad affermare (come, del resto, fa la stessa CI. 5.21.2) che l'*ara*, è relativa a sottrazioni operate *divortii gratia*²⁴⁷ e, se qualche volta vi si parla di un'*ara*, esercitata *divortio facto*,

²⁴² Citato dalla moglie con l'*ara*, Serenus può aver chiesto all'imperatore se fosse ammissibile un'*ara in maritum*. Al che Diocleziano può aver risposto che, *divortii gratia rebus uxoris amotis a marito*, non vi è ragione per non ritorcere contro il marito l'*ara* prevista dall'editto. Ammesso questo nucleo originario, si spiega come, in sede di generalizzazione, si sia potuto inserire il *vel ab uxore mariti*.

²⁴³ Poco plausibile, a parte ogni altra considerazione, la ricostruzione del KRETSCHMAR (nt. 17) 212, secondo cui Serenus avrebbe chiesto se l'*ara* fosse esperibile *constante matrimonio* e Diocleziano avrebbe risposto di no (*sed quoniam divortium ratum non esse proponis, actio illa nata non est*). Per quale motivo Giustiniano avrebbe abolito il testo della risposta di Diocleziano?

²⁴⁴ Il titolo si compone di tre rescritti, di cui il primo (= CI. 4.31.6) (Alex. Polideuca, a. 229) era chiaramente relativo in origine alla *retentio propter res amotas*, e il terzo (Diocl. Maxim. Quartioni, a. 290 o 293) è rimasto relativo all'*ara in mulierem*. Quanto alla manipolazione della c. 2, è difficile credere all'intervento di un compilatore privato: ragion per cui, dovendosi escludere per il rescritto a Serenus la commissione di Teodosio II, non rimane che Giustiniano.

²⁴⁵ V. *retro* nt. 3 e 6.

²⁴⁶ Fatta eccezione, forse, per l'*ea, quae uxor fuit* di D. 25.2.1: v. *retro* n. 5.

²⁴⁷ Cfr.: Afr. D. 25.2.23 (*retro* n. 22), Marcell. D. 25.2.20, Paul. D. 25.2.6 pr. e 21.1, Paul. D. 12.2.28.7, Ulp. D. 25.2.11.1 e 17.1, Alex. CI. 4.31.6 = 5.21.1, Diocl. CI. 5.21.3.

non lo si dice nel senso che sia necessario l'intervenuto divorzio, ma lo si dice solo con riferimento a fattispecie singole di matrimoni risolti per divorzio²⁴⁸. D'altra parte, a meglio convincerci della concezione giustiniana, secondo cui le *actiones de damno* tra coniugi erano esercitabili *constante matrimonio*, servirà l'esame di D. 25.2.3.2 e di CI. 6.2.22.4.

D. 25.2.3.2 (Paul. 7 Sab.): *Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei cui heredes simus furtum fecit, vel nobis antequam nuberet [: tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum conditionem competere, non etiam furti actionem dicimus]*.

L'*actio furti* è eccezionalmente promovibile contro la moglie in due casi: se abbia rubato a colui di cui il marito è divenuto poi erede e se abbia rubato al marito prima del matrimonio. A mio avviso, il presupposto implicito di questa affermazione doveva essere, per il giurista classico, che il matrimonio si fosse sciolto per divorzio²⁴⁹, ma è evidente che Giustiniano (come, del resto, la gran parte degli studiosi moderni) ha inteso le parole di Paolo nel senso che l'*actio furti* fosse esperibile *constante matrimonio*: non si vede, infatti, perché si sarebbe tanto premurato di surrogare in quest'ipotesi l'*actio furti* con la *condictio ex causa furtiva*, mentre non se ne è premurato affatto in relazione all'ipotesi del furto commesso dalla moglie *divortio facto*²⁵⁰. Ebbene, ecco appunto che Giustiniano, ritenendo ben naturale che si potesse agire da furto tra i coniugi *constante matrimonio* e ritenendo d'altronde non confacente alla *mutua reverentia* l'esercizio dell'azione penale, ha interpolato il passo con l'aggiunta (da tutti o quasi riconosciuta)²⁵¹ della frase finale (*tamen propter*

²⁴⁸ Cfr.: Marcian. D. 25.2.25, ove si legge che ad un *divortii consilium* della moglie fece effettivamente seguito il *divortium* (v. *retro* n. 7); Ulp. D. 25.2.17.1, ove si dice che si intendono *divortii causa amotae* sia le *res* sottratte dalla moglie *cum divortii consilium inisset*, sia quelle dalla stessa sottratte al momento di andarsene di casa.

²⁴⁹ A questa conclusione si è indotti, ricollegando il § 2 ai due che lo precedono: [*et ideo*], *si post divortium easdem res (mulier) contrectat, etiam furti tenetur. item si servus eius furtum fecerit, furti cum ea agere possumus*. In altri termini, può darsi che Paolo, dopo aver esposto le ipotesi in cui era esperibile l'*ara*, contro la ex-moglie, passasse a dire che, a prescindere dall'*ara*, si poteva agire contro la ex-moglie anche con l'*actio furti*, quando si trattasse di cose rubate prima del matrimonio, oppure all'antecessore del marito, oppure dopo il divorzio, o infine quando si trattasse di cose rubate dallo schiavo della moglie (cfr., per quest'ultima fattispecie, Ulp. 37 *ed.* D. 47.2.52.3). Conclusioni, si badi, che io qui formulo a titolo di congettura ed in correlazione all'ipotesi, di cui *infra* nt. 260.

²⁵⁰ Cfr. D. 25.2.3.1 (*retro* nt. 249).

²⁵¹ Cfr. i citati da WACKE 42 nt. 12.

reverentiam rell.), volta a commutare l'*actio furti* nell'azione reipersecutoria.

CI. 6.2.22.4 (Justin. Iuliano pp., a. 530): ... *cum enim apertissimi iuris est non posse maritum constante matrimonio furti actionem contra suam uxorem habere, quia lex ita atrocem actionem dare in personas ita sibi coniunctas erubuit, huiusmodi incidit veterum sensibus quaestio. quidam etenim re sibi commodata huiusmodi rei furtum a sua muliere passus est: dubitabatur, utrumne domino rei furti actio contra mulierem praestatur, an propter necessitatem causae et maritus eius utpote commodati actioni suppositus potest habere furti actionem. et auctores quidem iuris satis et in hac specie contra se iurgium exercuerunt: ex praesente autem lege et anterioribus nostris decisionibus, quae in ista positae sunt constitutione, potest et haec species apertius dirimi. si enim domino dedimus electionem ad quem voluit pervenire, sive ad eum qui rem commodatam accepit, sive contra eum qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem non furti, sed rerum amotarum actionem habeat, si ipsum dominus elegerit, dominus autem omnem licentiam possideat sive adversus maritum commodati sive adversus mulierem furti actionem extendere...*

Con questa *decisio*, che fa parte delle *quinquaginta famose*²⁵², Giustiniano risolve un'antica *quaestio dei veteres*²⁵³. Il marito ha ricevuto in comodato una cosa da un terzo e la moglie gliela ruba: l'*actio furti* deve essere riconosciuta al comodante, in quanto *dominus rei* (o comunque possessore della stessa), o può essere riconosciuta anche al marito, in quanto sottoposto alla spada di Damocle dell'*actio commodati*? E Giustiniano decide che il *dominus rei* debba avere la scelta tra l'esercizio dell'*actio furti* direttamente contro la ladra o l'esercizio dell'*actio commodati* contro il marito, nel qual caso peraltro al marito spetterà contro la moglie l'*ara*. Ora, non solo è chiaro che in questo caso l'*ara* è esercitabile *constante matrimonio* (il *dominus rei* non può essere costretto ad attendere lo scioglimento per esercitare la *electio*), ma è chiaro

²⁵² Cfr. KRÜGER, *Iustinianische Entscheidungen streitiger Rechtsfragen*, in *Fs. Bekker* (1907) 6.

²⁵³ Cfr. ZANZUCCHI (nt. 18) 42.22 s. Anche in ordine a questa ipotesi, io dubito che la questione classica potesse concernere la moglie, anziché la ex-moglie. Sarebbe stato strano, infatti, che la moglie fosse sottoposta *constante matrimonio* all'*actio furti*, e non anche all'azione reipersecutoria. Probabilmente, dato che l'esercizio dell'azione da furto implicava il divorzio (v. *infra* nt. 260), il dubbio era se contro la ex-moglie si potesse esercitare, oltre l'*ara*, l'*actio furti*.

altresì che Giustiniano considera tutt'altro che eccezionale l'esercizio dell'*ara.* in costanza di matrimonio²⁵⁴. E invero, perché egli stabilisce che al marito (convenuto con l'*actio commodati*) debba spettare l'*ara.* piuttosto che l'*actio furti*? Perché (lo dice così chiaro) *apertissimi iuris est non posse maritum constante matrimonio furti actionem contra suam uxorem habere*. L'azione penale no, ma nulla osta a che venga esercitata *constante matrimonio* l'azione reipersecutoria. Anzi, è ben naturale.

La differenza tra diritto classico e diritto giustiniano è ormai evidente. In diritto romano classico le azioni di furto o da furto tra coniugi non erano concepibili *constante matrimonio*; *soluto matrimonio*, rimaneva inconcepibile, salvo casi eccezionali²⁵⁵, l'*actio furti*, mentre era ritenuta esercitabile l'*actio reipersecutoria*. In diritto giustiniano le azioni da furto (*ara.*, *condictio furtiva*, *actio de damno in factum*, o comunque le si chiamasse) erano ritenute pienamente ammissibili *constante matrimonio*: la *reverentia personarum* impediva, *constante matrimonio* (e forse solo *constante matrimonio*)²⁵⁶, esclusivamente l'esercizio dell'*actio furti*. E il perché della mutata impostazione giustiniana, se ci si riflette, è abbastanza semplice. Per Giustiniano il matrimonio, senza essere considerato indissolubile, era tuttavia un istituto assai più stabile del matrimonio classico²⁵⁷; per lui il divorzio non poteva più avvenire a libito dell'uno o dell'altro coniuge, ma poteva essere esente quanto meno da conseguenze penali solo per precisi e ben delimitati motivi²⁵⁸; per lui, insomma, il rapporto coniugale era fatto per rimanere in piedi, almeno di regola, sino alla morte di uno dei due coniugi²⁵⁹. Ciò posto, se da un lato egli escludeva l'esercizio dell'*actio furti* tra coniugi in omaggio alla mutua *reverentia* coniugale, d'altro lato egli non poteva sottrarsi all'esigenza che i furti commessi durante il matrimonio fossero riparati, sotto

²⁵⁴ V., invece, WACKE 48 s.

²⁵⁵ V. *retro* nt. 249 e 253.

²⁵⁶ V. *retro* nt. 232.

²⁵⁷ Cfr., per tutti, KASER, RPR. 2.107 ss. e nt. 1.

²⁵⁸ Cfr., per tutti, KASER, RPR. 2.120 ss. e nt. 11. Cfr. anche MARONGIU, *Divorzio (Storia)*, in ED. 13 (1964) 484 ss.

²⁵⁹ Cfr., in particolare, BIONDI, *Il dir. rom. cristiano* 3 (1954) 151 ss. È noto che il diritto postclassico-giustiniano non tradusse in norme giuridiche il principio cristiano dell'indissolubilità del matrimonio, ma è altrettanto noto e incontrovertibile che il principio cristiano esercitò una vigorosa influenza sulla concezione giuridica, quanto meno tendenziale, del matrimonio postclassico-giustiniano. Sul punto v. anche: GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, in *St. Albertario* 2 (1953) 171 ss. (ivi altra bibliografia).

il profilo economico, stante la stabilità del vincolo, durante il matrimonio stesso²⁶⁰. Di qui il suo equivoco nella comprensione del sistema classico, di qui la sua tranquilla ammissione dell'*ara*, in costanza di matrimonio. *Apertissimi iuris est*, egli dice. E non ha torto. La questione è tutta di prospettive²⁶¹.

POSTILLA: SULL'« ACTIO REI UXORIAE »

1. L'a. è una persona intelligente, e gliene va dato atto senz'altro. Mi chiedo peraltro se la carica di intelligenza non abbia contribuito alla *felix culpa* di una dose eccessiva di fantasia nella trattazione di un tema per molti riguardi oscuro. Certo l'argomentazione del libro, in sé presa, è serrata e in qualche punto anche avvincente. Convincente no, o almeno molto meno: sia sul piano della costruzione giuridica che su quello della ricostruzione storiografica. Ma procediamo con ordine.

²⁶⁰ Diversa era certamente l'impostazione classica. In età giustiniana, se un coniuge rubava all'altro, il fatto non giustificava, di regola, il divorzio: quindi l'*ara*, era, il più delle volte, da esercitarsi durante il matrimonio. In diritto classico, invece, vien fatto di supporre che, ove il divorzio non fosse stato già altrimenti dichiarato, l'esercizio dell'*ara*, costituisse fatto concludente di un *repudium*. Conforta in questa supposizione (che andrebbe, comunque, meglio verificata) la lettura di D. 24.2.11 (Ulp. 3 *Iul. Pap.*), ove, a commento di una disposizione della *lex Iulia et Papia*, si dice (pr.) che la moglie-liberta non può assumere l'iniziativa di divorziare dal marito-patrono e si conclude (§ 2): *proinde cum patronus rerum amotarum cum liberta, quae ab invito eo divorterat, vellet experiri, imperator noster cum divo patre suo rescripsit intellegi eum hoc ipso nolle nuptam sibi, qui eam actionem [vel aliam] importet, quae non solet nisi ex divortio oriri*. Dunque, il momento del divorzio (che nel matrimonio con la liberta può essere segnato solo dal patrono) coincide con l'esercizio dell'*ara*, la quale è di regola incompatibile col permanere del vincolo coniugale.

²⁶¹ A chiusura della revisione di bozze, leggo la recensione a Wacke di LEMOSSE, in *RH.* 4.42 (1964) 469 ss., ove si avanza l'ipotesi (470) che in diritto classico implicasse divorzio il fatto di un marito che esercitasse contro la moglie un'azione penale o infamante. Sta di fatto che l'ipotesi è contraddetta dai testi indicati *retro* nt. 235: testi di cui sarebbe azzardato sostenere, almeno sotto questo profilo, l'interpolazione. Con la sua ipotesi, comunque, il Lemosse sfiora assai da vicino la probabile verità: la quale è nel senso che l'esercizio dell'*ara*, (azione non penale, né infamante) era incompatibile con la volontà di rimanere in matrimonio.

* In *Iura* 20 (1969) 688 ss. *Rc.* a SÖLLNER A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der « actio rei uxoriae »* [*Forschungen z. röm. Recht*, 26] (Köln-Wien 1969) p. XIV-167.

2. L'*actio rei uxoriae*, che l'a. sostanzialmente accetta nella visione della *communis opinio* (§§ 31-35, 137 ss.), pone, come è noto, problemi tuttora assai discussi in ordine alla sua funzione originaria (§§ 1-2, 1 ss.). A che scopo fu introdotta dal *praetor urbanus* nel sec. II a. C.? Dopo una rapida, ma efficace critica delle spiegazioni correnti, l'a. risolve di avviarsi allo studio della sua preistoria, quindi allo studio della *dos* nel *matrimonium cum manu*, ritenendo che l'istituto dotale non può aver presentato caratteristiche molto diverse nel passaggio al *matrimonium sine manu*, che altro non è se non, diciamo così, una *conventio in manum interrupta* (interrotta dal *trinoctium*).

Dunque, cerchiamo anzi tutto di prendere posizione in ordine alla *manus maritalis* sulla *uxor dotata*. E qui l'a. (§ 3, 7 s.), avanza tre affermazioni apodittiche: *a*) se la *conventio in manum* determinava l'assunzione della *uxor* sotto la *manus* del marito, è ovvio che la *dos* attribuita alla *mulier* dovesse egualmente cadere nel potere assoluto del *maritus* o del suo *paterfamilias*; *b*) i beni su cui la *uxor* avrebbe avuto un potere assoluto (l'a. parla anacronisticamente di « *Eigentum* » nell'ipotesi che non si fosse trovata *in manu mariti*), dunque i beni a lei assegnati in dote prima o anche durante il matrimonio, dovevano conseguentemente costituire, nell'ambito del patrimonio del marito (o del *paterfamilias* di costui), un patrimonio separato riservato alla moglie, cioè una *res uxoria*; *c*) venendo meno la *manus mariti*, la *uxor* tuttora vivente doveva evidentemente riacquistare *ipso iure*, in una con la propria libertà personale (cioè con la qualifica di *sui iuris*), la *res uxoria* a lei riservata. Da notare che l'a., 10, usa in ordine a quest'ultimo punto l'ambigua dizione « *dass die Frau ipso iure Eigentum am Frauengut erlangt* »: dove non ancora si capisce bene, o piuttosto non si chiarisce, se il diritto della *uxor* sulla *res uxoria* sia un diritto di credito o un diritto assoluto.

Questi concetti di colore un po' oscuro vengono illustrati, quanto meno a titolo di tentativo, nelle pagine seguenti. Pagine che però, se non erro, portano ai limiti dell'indispensabilità il dissenso del lettore.

3. Quanto al punto primo (acquisto della dote da parte del marito come ovvia conseguenza della *conventio in manum*), saremmo in tutto e per tutto d'accordo con l'a., se questi non insistesse nel dire che l'acquisto della dote al marito era conseguenza della *conventio in manum* e non conseguenza del fatto che la *dos* era specificamente attribuita, con specifici atti negoziali, al marito stesso.

La differenza è rilevante perché, se fosse vero quanto asserisce il S., non si capirebbe a cosa servissero i negozi costitutivi della *dos*: sarebbe bastata la *conventio in manum* a far passare donna e *dos*, quest'ul-

tima intesa come accessorio della *mulier*, nei poteri del *maritus* o del suo *paterfamilias*. Di più: se fosse nel vero il S., non si capirebbe il perché della differenziazione tra *dos* e altri beni della *mulier*, in quanto tutto sarebbe dovuto passare ad egual titolo nella titolarità del marito.

L'a., in parte intuendo queste obiezioni, cerca di sostenere la sua teoria asserendo (§§ 3-6, 11 ss.) che la forma tipica della *conventio in manum* era la *coemptio* e che la forma tipica della costituzione di dote era la *dotis dictio*, sicché quest'ultima si spiega come un *dictum* accedente alla *mancipatio* avente ad oggetto la *mulier*. Sia pure (la tesi non è nuova); ma che bisogno vi sarebbe stato, fuori dei casi di *coemptio*, di un negozio costitutivo specificamente di « dote » (*dictio, promissio, datio*), se tutti i beni comunque spettanti alla *mulier* o a lei attribuiti fossero andati a formare il solo ed unico *peculium* della *res uxoria*?

È chiaro, dunque, che se la *conventio in manum* implicava l'acquisto del patrimonio della donna *sui iuris* da parte del marito, tuttavia i negozi costitutivi di *dos* servivano a far acquisire al marito o al suo *paterfamilias* (non certo alla *uxor*, visto che questa era *in manu*) qualcosa di più, se non di diverso, del patrimonio della *mulier*: patrimonio che poteva anche non esservi nel caso della *filiafamilias*, o poteva anche essere eguale a zero nell'ipotesi (vivaddio, forse la più frequente) della *sui iuris* nullatenente (e non sovvenzionata, per questo o quel motivo, da un *extraneus* generoso).

4. Dimensionato il punto primo, passiamo al punto secondo (la *dos* intesa come *res uxoria*, cioè come patrimonio separato dal marito, riservato peraltro alla moglie).

A questo proposito l'a. parla indifferentemente di *dos* e di *res uxoria*, ma le considerazioni svolte dianzi hanno chiarito che anche alle origini più lontane la *res uxoria* (se mai la si è in quanto tale ravvisata) doveva essere qualcosa di più ampio della *dos*, né poteva ridursi alla *dos* (lo riconosce implicitamente il S., 9 nt. 12), sicché non si vede perché il « Frauengut » dovesse essere costituito dai soli beni assegnati alla *uxor* a titolo di *dos* e non anche, a maggior ragione, dagli eventuali beni non dotali della moglie.

Comunque, quali sono le prove della individuazione di questo patrimonio separato e quale ne era il regime giuridico? L'a. (§§ 8-9, 29 ss.) crede di provare il regime originario con alcuni testi relativi al matrimonio libero ed ai tempi avanzati, tra cui indicherò: quelli in cui si afferma che alla morte del *paterfamilias* del marito quest'ultimo ha diritto a titolo di *praeceptio* (indipendentemente dalle regole ereditarie) alla dote della moglie (Iul. D. 19.2.51 pr.; Ulp. D. 33.4.1.13; Paul. D. 23.

3.56.1-2; Lab.-Paul. D. 33.4.13 ecc.); quello relativo ad un'analogo *praeceptio* spettante al socio sposato in caso di divisione della *societas* (Paul. D. 17.2.65.16); quelli secondo cui la dote era esclusa dal computo del censo del marito ed era confiscata nell'ipotesi di certi crimini commessi dalla moglie (Ulp. D. 24.1.40; Ulp. D. 48.20.3 ecc.). Ora, posto che questi frammenti siano effettivamente riferibili a situazioni originarie, posso anche concedere che la dote *manente matrimonio* « bleibt davon stets in gewisser Weise gesondert » (lo concedo proprio perché questa formulazione, 32, getta parecchia acqua nel vino generoso, e direi inebriante, del « Frauengut »), ma non riesco a capire, né in ordine al matrimonio libero né in ordine al più antico *matrimonium cum manu*, come si tenga in piedi la tesi del patrimonio separato.

L'a., pur riconoscendo che il marito può « *uti frui et abuti* » dei cespiti dotali (§ 10, 35 ss.), si richiama essenzialmente (§ 11, 37 ss.) al solito Tryph. D. 23.3.75 (*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*), cioè ad un testo che, se non è interpolato (come io ho sempre creduto e credo) è l'espressione, insieme con altri testi di analogo senso, di una concezione avanzata, evoluta, lontanissima dall'impostazione arcaica. Di modo che, tornando al *matrimonium cum manu*, mi sembra del tutto ingiustificato asserire (§ 12, 40 ss.) che la *res uxoria* (limitata alla *dos*) era *manente matrimonio* patrimonio della moglie (« Vermögen der Frau ») ma sottoposto insieme con la moglie, e alla stessa guisa di costei, alla *manus* del marito.

5. Veniamo al terzo punto (la *uxor* vivente aveva diritto a riacquistare, venuta meno la *manus*, anche la *res uxoria*).

Dato che abbiamo appreso dall'a. che la *res uxoria* era patrimonio sottoposto alla titolarità « quiescente » dell'*uxor* (cfr. anche 40), dovremmo attenderci che la moglie avesse diritto, trattandosi di *res dotales* infungibili e inconsumabili, ad esercitare, finita la quiescenza, la *rei vindicatio* per il riottenimento delle stesse: la titolarità di un patrimonio implica infatti, quanto meno su quei beni, la proprietà.

Invece no: venuta meno la *manus*, il diritto della *uxor* (diritto ormai non più quiescente) ai cespiti del suo preteso patrimonio risulta essere soltanto un (asserito) diritto di credito verso il marito o verso gli eredi del marito.

Bisogna dare atto all'a. (136) che di ciò non si capacita nemmeno lui, anche se subito dopo, per onor di firma, scala i vetri per imbastire una spiegazione. Argomentando ancora una volta, e molto liberamente, da testi chiaramente relativi al matrimonio libero (testi che, per verità, provano poco o niente anche rispetto a quest'ultimo), l'a. sostiene che

gli eredi del marito premorto avevano sempre l'obbligo di restituire la *dos* (identificata sempre con la *res uxoria*) alla moglie sopravvissuta (§ 13, 46 ss.), che il *praelegatum dotis* fatto dal marito a favore della moglie aveva carattere puramente dichiarativo di quest'obbligo degli eredi (« kein echtes, die Erben belastendes Vermächtnis, sondern nur die Klarstellung einer ohnehin begründeten Rechtsfolge »: § 14, 51 ss.), che il *divortium* (inteso come *remancipatio* della donna al suo *paterfamilias* o ad una persona di fiducia) implicava originariamente la restituzione al *mancipio accipiens* (che avrebbe provveduto in un secondo momento a liberare la moglie dal suo *mancipium*) anche della *res uxoria* (§ 17, 63 ss.). Fortuna che l'a. (67) giudica « fraglich » la tesi di chi ha divinato una disposizione delle *XII tabulae* statuente: « *uxor res suas sibi habeto* ». Ma quanto altro egli dice basta ed avanza, credo, per qualificare la sua ipotesi del diritto della moglie alla restituzione delle cose dotali (o più in generale al ripristino a suo favore dei cespiti dotali) come, mi si perdoni, infondata.

Tanto più che, se si ammette che la *mulier in manu* (quindi *alieni iuris*) aveva un diritto quiescente alla sua *res uxoria*, non si capisce perché tale diritto non spettasse anche a tutti i suoi *heredes ab intestato* (e non al solo *paterfamilias* in relazione alla *dos profecticia*: cfr. §§ 15-16, 54 ss.) nell'ipotesi della sua preminenza al marito.

6. Dato che pilastro essenziale della metodologia dell'a. è la ricostruzione del regime del *matrimonium cum manu* (o meglio ancora, del regime della *conventio in manum*), ho cercato finora di cogliere i soli argomenti volti alla ricostruzione di quel regime. L'a. invece, con grave strappo al suo dichiarato programma metodico, non fa così. La trattazione di questa prima parte del libro è intramezzata da paragrafi (§ 7, 25 ss.; § 18, 69 ss.) o da capoversi relativi al *matrimonium sine manu*. Anzi, come abbiamo visto, non di rado le regole (vere o presunte) applicabili al matrimonio libero dopo l'introduzione dell'*actio rei uxoriae* (ripeto: dopo la introduzione dell'*actio rei uxoriae*) sono tranquillamente utilizzate per la ricostruzione induttiva del regime della dote (della *cd. res uxoria*) nella *conventio in manum*.

Si tratta di petizioni di principi che, a mio parere, minano alla base tutta la ricostruzione storiografica, portando il diritto classico (forse addirittura il diritto postclassico-giustiniano) a recitare abusivamente, sotto riconoscibili travestimenti, le parti del diritto arcaico. Per non parlare della stranezza della costruzione giuridica di quel « Sondervermögen » riservato alla moglie, che però il titolare della *manus* poteva liberamente dilapidare e che qualunque marito intelligente e mediamente sfornito di

scrupoli avrebbe curato, ad ogni buon conto, di spendere sino all'ultimo sesterzio prima di intaccare il suo patrimonio personale. Vero è che l'a. (36), preoccupato di queste nequizie maritali, invoca i numerosi testi (cfr. 36 nt. 3) che impongono al marito, in sede di restituzione della dote, di rivalere la moglie di tutte le diminuzioni del patrimonio dotale da lui determinate per dolo o per colpa; ma, a parte il fatto che il dolo e la *culpa* in senso soggettivo non erano ancora stati messi in rilievo dal diritto delle origini, ancora una volta si attribuiscono alla *conventio in manum* e al matrimonio anteriore alla nascita dell'*actio rei uxoriae* regole che sono state determinate proprio dall'introduzione di questo istituto.

Posto in chiaro l'equivoco, a ben poco varrebbe seguire l'a. nelle sue variazioni circa la funzione dell'*actio rei uxoriae*, cui è dedicata tutta la seconda parte della monografia (§§ 19-29, 71 ss.). Sono pagine non scevre di osservazioni interessanti e di acute notazioni particolari (l'intelligenza dell'a., si ripete, è fuori discussione), ma viziata dal pregiudizio che la funzione dell'*actio rei uxoriae* sia stata quella di correggere un sistema precedente (nato per la *conventio in manum* ed estesosi al *matrimonium sine manu*) che invece abbiamo visto essere in gran parte immaginario.

Il sistema antico, dice all'incirca l'a., garantiva anche troppo la moglie perché le dava una larga sicurezza (rinforzata dalle eventuali *cautiones rei uxoriae*) di riottenere la dote in caso di morte del marito o di divorzio non determinato da sua colpa (per il divorzio causato da suo comportamento colpevole le cose andavano già *ab antiquo* in modo alquanto diverso: buone le pagine relative dei §§ 19-21, 71 ss.). L'*actio rei uxoriae* servì pertanto, con le *retentiones* che comportava, ad equilibrare la posizione dei due coniugi, ad assicurare il mantenimento dei figli da parte del marito, a trattenere le mogli dal dar causa ai divorzi, in definitiva ad assicurare la stabilità del matrimonio (nonché, aggiungerei irriverentemente, a dimostrare che i matrimoni meglio riusciti sono quelli di interesse). Tutte cose, del resto, che, anche partendo da diverse ricostruzioni storiografiche, erano state già dette, quanto meno a cominciare dal Bechman (onestamente citato dall'a., V).

7. Di guisa che anche questa monografia lascia irrisolto, purtroppo, il secolare problema del perché della dote e del perché della sua restituzione. E qui vorrei permettermi di aggiungere che questo problema non lo risolveremo mai, se continueremo a limitarci, nello studiarlo, ai notissimi e stucchevoli dati tradizionali.

Ve ne sono altri, moltissimi altri, di dati da prendere in esame. Ce li offre la storia sociale ed economica di Roma, ce li può offrire la stessa

indagine prosopografica applicata alle relazioni tra le grandi famiglie del periodo della *respublica* nazionale e di quello della *respublica* universale. Orizzonti sconfinati, anche se perigliosi.

Dato che a Roma, come dovunque, i poveri facevano premio sui ricchi, potremmo finalmente chiederci se non è una favola che il novanta per cento dei matrimoni comportassero la dote (v. in proposito l'a., § 26, 108 ss.): una favola o meglio una fata morgana determinata dal fatto che le fonti letterarie romane (giuridiche e non giuridiche) riflettono quasi esclusivamente la vita e gli interessi dei ceti abbienti. Stabilito che la dote si inserisce in un gioco di interessi economici (o anche in un gioco di interessi economici) di certi ceti meglio forniti, potremmo passare a chiederci, in relazione alle varie epoche ed alle varie situazioni politiche e sociali, quali funzioni concrete essa esercitò di dietro al paravento ufficiale, tipico della tendenza dei giuristi alla « Isolierung », degli *onera matrimonii*: funzioni agevolatrici di alleanze interfamiliari, ad esempio. Individuate queste funzioni concrete, potremmo ulteriormente domandarci il concreto perché, sempre in relazione alle varie epoche e situazioni politiche ed economiche, dell'*actio rei uxoriae*: funzioni di garanzia delle predette alleanze interfamiliari, ad esempio, oppure (o anche) funzioni di vincolamento delle *uxores* ai *matrimonia* interessanti per superiori motivi la loro famiglia di origine.

Sono soltanto alcune e scarse suggestioni, le mie. Suggestioni che nascono, dopo anni di lavoro, dall'insoddisfazione degli angusti confini che, per timore di svalutare il nostro tecnicismo, noi romanisti ancora segniamo ai nostri studi. Eppure anche noi dovremmo avere finalmente il coraggio di mirare ad una « nuova frontiera ». Molti di noi lungo la strada, probabilmente, cadrebbero. Ma l'importante è che vi sia qualcuno che arrivi.