

« ACTIO RERUM AMOTARUM ».

1. La recente monografia del Wacke sull'*actio rerum amotarum* [WACKE A., *Actio rerum amotarum*, in *Forsch. z. röm. R.* n. 17 (Köln-Graz, 1963) p. XVI + 164] costituisce un esempio egregio di completezza di informazione, di rigore metodologico e di prudente equilibrio critico. L'esposizione, piana concisa essenziale, è condotta nel quadro di una sistematica accurata (direi anche troppo minuziosa). I risultati sono, forse, non tutti quelli cui l'a. sarebbe potuto pervenire, ma giova dire che è ben difficile, in una materia tanto discussa e contrastata, svincolarsi dai binari dialettici imposti da precedenti ricerche. Insomma, un ottimo lavoro, che segna con sicurezza il punto sulle complesse questioni dell'*ara.*, che sconfessa definitivamente alcune teorie finora imperanti e che potrà essere una solida base di partenza per ulteriori ricerche. Dico subito, anzi, che io stesso, suggestionato da una così interessante e limpida trattazione, sono stato portato a qualche riflessione ulteriore, che formerà oggetto di un articolo a parte [GUARINO, *Res amotae*, in *ANA*, (1964)].

L'opera del W. (arricchita da un indice delle fonti e da un indice analitico-alfabetico) si compone di 16 paragrafi raggruppati in tre sezioni. La prima sezione (§ 1-5, p. 1-30) è intesa ad illustrare la *retentio propter res amotas* dell'*actio rei uxoriae* ed i suoi rapporti con l'*ara.* La seconda sezione (§ 6-11, p. 31-114) è dedicata all'analisi dell'*ara.*, nei suoi presupposti edittali e nelle sue caratteristiche strutturali e procedurali, nonchè alla determinazione dei rapporti intercorrenti tra *ara.* e *actio furti*, *condictio ex causa furtiva*, *condictio ex iniusta causa*. La terza sezione (§ 12-16, p. 115-149) è volta, infine, alla discussione del dibattuto problema circa il carattere penale o reipersecutorio della nostra azione.

2. I risultati dell'indagine (sintetizzati di volta in volta, al termine di ogni sezione, e riassunti poi complessivamente a p. 150 s.) sono essenzialmente i seguenti. La *ara.* fu introdotta dall'editto a favore del solo marito, contro la moglie che gli avesse sottratto (*amovere* non è *contrectare*) cose di sua pertinenza (quindi, anche da lui ricevute in pegno e via dicendo) *divortii causa*, cioè in vista di un divorzio, reso probabile o dal fatto che la moglie avesse concepito un *divortii consilium*, o dal fatto che il marito avesse assunto (e dichiarato alla moglie) l'iniziativa dello scioglimento. Ovviamente, l'*ara.* era esperibile solo se il divorzio fosse effettivamente seguito (*post divortium factum*) e il suo vantaggio rispetto alla *retentio propter res amotas* era segnato dal fatto che il marito non doveva attendere, per reclamare le cose sottrategli dalla moglie, di essere convenuto con l'*actio rei uxoriae*: « *rerum amotarum actio damnum repraesentat* », cioè rende immediato il risarcimento del pregiudizio subito dal marito, come dice Paul. D. 25.2.21.3. L'introduzione del nuovo mezzo fu, dunque, successiva alla creazione dell'*actio rei uxoriae*, e non è necessario, per spiegarsi i motivi dell'innovazione,

andare a pensare che l'*ara.* fosse un'azione penale. L'*ara.* (ed è questa la parte più convincente della dimostrazione del W.) fu un'azione *reipersecutoria*, sostanzialmente analoga alla civilistica *condictio*, anzi sostanzialmente corrispondente alla *condictio ex causa furtiva*: i giuristi classici, infatti, a partire da Sabino e da Proculo (cfr. Paul. D. 25.2.1), non esitarono a ritenere che la moglie, anche se non perseguibile con azioni da furto, compisse, sottraendo beni al marito *divortii causa*, un'azione materiale di furto, dalla quale conseguiva il carattere di *res furtivae* (inusucapibili) delle *res amotae*, nonché la possibilità di convenire in giudizio per furto i complici della moglie ladra. E siccome non era escluso che un'azione del genere potesse essere commessa, sempre *divortii causa*, anche dal marito a danno della moglie, ecco che i giuristi classici, presumibilmente a cominciare da Marcello (cfr. Marc.-Ulp. D. 25.2.11 pr.), dichiararono estensibile l'*ara.* anche *in maritum*.

Come si vede, dunque, il W. reagisce, tra l'altro, alla tesi, avanzata per primo dallo Zanzucchi, secondo cui l'*ara. in maritum* non era ammessa in diritto classico, perchè essa sarebbe stata creata da Giustiniano in omaggio al principio cristiano della mutua *reverentia* tra coniugi, da cui si originò il divieto di azioni penali o infamanti tra gli stessi. Tuttavia, precisa il W. (p. 78 ss.), non è a credere che in diritto classico, a prescindere dall'*ara.*, fossero ammesse tra coniugi l'*actio furti* e la *condictio ex causa furtiva* (Levy), o che fosse ammessa l'*actio furti in maritum* (Zanzucchi), o che fosse per lo meno ammessa tra i due coniugi la *condictio ex causa furtiva*. Se anche non in omaggio alla mutua *reverentia*, le azioni da furto tra coniugi erano escluse per riflesso del generale convincimento che tra i coniugi esistesse una « faktische Vermögensgemeinschaft », che era più precisamente una pratica « Gebrauchs- und Nutzungsgemeinschaft », la quale rendeva inconcepibile l'esercizio di un'azione da furto, sia pur *reipersecutoria*, per le sottrazioni che i coniugi reciprocamente si facessero. Oltre la *reivindicatio* e altre eventuali azioni (*hereditatis petitio*, *actio ad exhibendum*), il diritto romano classico non ammise che questi due mezzi a funzione *reipersecutoria*: l'*ara.*, esperibile *divortio facto* per le sottrazioni operate *divortii causa*, e la *condictio ex iniusta causa*, esperibile anche *constante matrimonio* per ogni altro tipo di sottrazione tra coniugi. Giustiniano, invece, mantenendo fermo il divieto dell'*actio furti constante matrimonio* (da lui motivato con l'omaggio alla *reverentia* tra coniugi), accompagnò all'*ara.* la *condictio ex causa furtiva*.

3. Le dimostrazioni che maggiormente convincono, nel fitto tessuto della monografia del W., sono tre: in primo luogo, quella (impeccabile) volta alla ricostruzione dell'editto (in cui non vedo, peraltro, la necessità di inserire la clausola esplicita « *post divortium factum* ») e della formula dell'azione; secondariamente, quella (altamente persuasiva) volta alla qualificazione dell'*ara.* come azione *reipersecutoria*, sostanzialmente analoga alla *condictio*; in terzo luogo, quella (sciupata, peraltro, da un conservatorismo eccessivo sul piano critico-esegetico) volta alla dimostrazione della genuinità dei testi che parlano di un'*ara. in maritum*.

E' molto, bisogna dirlo. Ma non è tutto. A mio parere, tralasciando punti di minore rilievo, non può non dissentirsi da quella che è una delle tesi centrali del libro: la tesi della « faktische Vermögensgemeinschaft », che spiegherebbe e giustificherebbe la inammissibilità, in diritto classico, di azioni da furto tra coniugi, in ordine alle sottrazioni operate reciprocamente durante il matrimonio. A parte il fatto che non si vede come un'azione qualificata dai giuristi (a partire, ripeto, da Sabino e da Proculo) proprio come furto potesse non essere perseguita da azioni da furto, unicamente in base ad una « faktische » comunanza di beni tra coniugi (una comunanza di beni che il diritto romano non riconosce e non proclama mai, nemmeno per bocca dei giureconsulti); a parte ciò, quella che più esattamente, come il W. stesso riconosce, è solo una comunanza di uso e di sfruttamento dei beni di ciascun coniuge da parte di ambedue può discriminare, se mai, il *furtum usus* (con conseguente non perseguibilità del marito o della moglie per l'uso illecito che abbia fatto di cose di pertinenza della moglie o, rispettivamente, del marito), ma non giustifica in nessun modo il *furtum rei*. D'altra parte, se i giureconsulti classici definirono, si ripete, come *furtum* le sottrazioni della moglie al marito (e reciprocamente, si intende, quelle del marito alla moglie), e se essi, come il W. ammette, riconobbero esperibili tra i coniugi non solo l'*ara*. (azione sostanzialmente assimilabile alla *condictio*) ma anche una *condictio*, perchè mai ostinarsi a credere che questa *condictio* (mai denominata *ex iniusta causa* dalle fonti) non fu una *condictio ex causa furtiva*?

4. Per mio conto, come mi riprometto di dimostrare in separata sede, le conclusioni formulate dal W. devono essere modificate o corrette come segue. In primo luogo, non è vero che l'*ara*. sia sorta dopo l'*actio rei uxoriae*, come una specie di *iudicium contrarium* della stessa, limitatamente alle *res amotae divortii causa*: l'*ara*. fu creata indipendentemente dall'*actio rei uxoriae*, e probabilmente prima di quest'ultima (o almeno prima che si consolidasse, nella visione della giurisprudenza romana, il concetto di *retentio propter res amotas*), per provvedere alla persecuzione di una ipotesi particolarmente deplorata dalla coscienza sociale (l'ipotesi della *mulier in manu* che, avendo sottratto *divortii causa* cose di pertinenza del marito, non potesse più essere perseguita direttamente da costui *ex potestate mariti*, essendo la *manus* venuta meno a causa del divorzio). In secondo luogo, pur se è vero che sino a Sabino ed a Proculo le sottrazioni tra coniugi, per tradizione imperante, non furono considerate ipotesi di *furtum* in senso tecnico, sta di fatto che esse, a partire da Sabino e da Proculo, furono inquadrate nel *furtum*: dunque, non solo l'*ara*. venne considerata un'azione reipersecutoria *ex causa furtiva*, ma ogni altra ipotesi di sottrazione operata tra coniugi dovette essere reputata perseguibile almeno con la *condictio ex causa furtiva*, nè deve stupire che in qualche testo si denomini *ara*. la *condictio* o *condictio l'ara.*, e che pertanto si trovi in taluni passi genuini (che non sono, peraltro, tutti quelli di cui disponiamo) che la *condictio ex causa furtiva in maritum* viene qualificata anch'essa *ara*. In terzo luogo, non è vero che in diritto classico

fossero ritenute esperibili tra coniugi, sia pure nel matrimonio *sine manu*, azioni da furto *constante matrimonio*, perchè è evidente che il *furtum rei* poteva essere accertato come tale solo *solutum matrimonio*, perchè è ancora più evidente che non poteva farsi iniqua e irrazionale differenza tra furti operati *divortii causa* dalla moglie (perseguitabili solo *divortio facto* dal marito) e ogni altra specie di furto tra coniugi (perseguitabile anche *constante matrimonio*), e perchè infine è presumibile che un'azione da furto (*ara.* o *condictio ex causa furtiva*) esperita da un coniuge nei confronti dell'altro costituisse fatto concludente di un *divortium*. *Ara.* e *condictio ex causa furtiva* furono, in conclusione, ammesse dal diritto classico esclusivamente *solutum matrimonio*. Giustiniano, per il quale il matrimonio era istituito assai più stabile che per i classici (istituto che poteva essere sciolto solo per morte o per cause, ben precise di divorzio), ammise invece (in parte, anche equivocando sulla struttura del *matrimonium* classico) le azioni reipersecutorie *constante matrimonio*, mentre *solutum matrimonio* ritenne addirittura esperibile (non essendovi più motivi di mutua *reverentia*) l'*actio furti* (cfr. CI. 5.21.2).

ANTONIO GUARINO

LEGISLAZIONE IMPERIALE E GIURISPRUDENZA.

On peut s'étonner de voir paraître si tardivement ce recueil des constitutions impériales conservées par la jurisprudence classique. Et par là nous n'entendons point déplorer les retards apportés au travail de M. Gualandi [GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, 2 (Milano, 1963)] qui était annoncé depuis plusieurs années, mais bien plutôt souligner la lenteur avec laquelle des instruments de travail essentiels sont mis à la disposition des Romanistes. Des études récentes dans les domaines les plus divers ont souvent attiré l'attention sur l'importance fondamentale des constitutions impériales pour retracer l'évolution du droit romain. Or les textes des jurisconsultes classiques en recèlent environ 1350 selon les estimations de Gualandi, alors que le code de Justinien en contient 4652, dont 806 seulement pour la période antérieure au milieu du III^e s. L'apport des œuvres de la Jurisprudence, qui sont toutes antérieures à cette date, est donc d'une importance primordiale. Et cependant, depuis le *Corpus legum* de Haenel, plus que centenaire (1857), personne n'avait tenté de rassembler ces textes d'une façon ordonnée.

C'est à ce travail que s'est appliqué M. Gualandi avec un soin dont on lui sera reconnaissant. Le premier volume de sa publication présente les textes de la Jurisprudence classique (auxquels s'ajoutent quelque emprunts faits aux fragments du *iure fisci*, au *Fragmentum Dositheanum* et aux Institutes de Justinien) qui citaient soit expressément soit par allusion une constitution impériale. Les textes sont reproduits d'abord par ordre chronologique