

**Giovanni Lobrano**  
**"Uxor quodammodo domina"**  
**Riflessioni su Paul. D. 25.2.1**  
**Sassari 1989**

**Cap. I**

**IL CARATTERE "COMUNITARIO" DEL DIRITTO DI FAMIGLIA  
NEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTA E IL DIRITTO ROMANO**

**SOMMARIO:** 1. La famiglia elemento di unità e di resistenza del sistema romanista. 2. Lo schema storico-dogmatico della natura germanica e anti-romana degli elementi 'comunitari' nei moderni diritti di famiglia, anche nel sistema romanista e presso i "popoli latini". Nessi ideologici con il tema della 'libertà individuale'. Contraddizioni. 3. Le ipotesi, sulla origine dei regimi di comunione nei moderni diritti di famiglia, che si richiamano al Diritto romano. 4. Due argomenti oggettivi per la ascendenza romanistica dei regimi di comunione coniugale. 5. Ulteriori aperture in dottrina e prospettive di ricerca sul rapporto tra Diritto romano e regimi di comunione di beni tra coniugi. 6. L'analogica vicenda scientifica della "comunione tacita familiare".

[p. 5]

**1. La famiglia elemento di unità e di resistenza del sistema romanista**

E' stato osservato[1] che uno degli aspetti più significativi della riflessione giuridica contemporanea è la individuazione, al di là dei diritti statali e nazionali, di 'sistemi giuridici', che quei diritti includono e superano, e che sono basati su realtà etniche, ideologiche, economiche nonché, come è ovvio, in una comunità di caratteri giuridico — formali e dottrinali.

Nel più ampio quadro della contrapposizione del sistema giuridico romanista al sistema giuridico anglosassone, del quale una caratteristica fondamentale è precisamente l' "ultraindividualismo"[2] una più specifica contrapposizione si trova in ordine alla organizzazione familiare. E', del resto, notoria la capacità di caratterizzazione da parte dell'istituto familiare (con la sua forza di autoconservazione) per

[p. 6]

qualsiasi ordinamento e/o sistema giuridicosociale. Con particolare riferimento al sistema romanista latinoamericano[3] si è osservato essere la "unità sociale"

[p. 7]

la famiglia, non l'individuo[4]; la penetrazione del 'common law' tende a invertire tale concezione[5].

Il carattere comunitario della famiglia nel sistema romanista — e la sua contrapposizione in ciò al sistema anglosassone — emerge in particolare dai regimi legali dei beni nel matrimonio.

Da uno studio di diritto comparato dell'inizio del secolo, che prendeva in esame i codici brasiliano, messicano, venezuelano, peruviano, cileno, argentino, uruguayano, costarricense e guatemalteco (oltre che quelli del "Bas Canada" <Quebec> e della Europa latina: Francia, Portogallo, Italia, Spagna, Romania, Belgio) i regimi matrimoniali legali ivi diffusi (con le uniche eccezioni, allora, dell'Italia e della Romania)

[p. 8]

risultavano essere quelli della comunione, in luogo di quello della separazione dei beni

proprio degli ordinamenti "angloamericani". Per altro l'autore (il magistrato francese Raoul De La Grasserie) affermava in linea con la dottrina dominante — essere i regimi della comunione dei beni di origine *non* romana *ma* germanica[6].

Si tratta di una dottrina affermatasi — almeno nella forma oggi più diffusa — a partire dalla 2<sup>a</sup> metà del secolo scorso. Questa dottrina che viene oggi ripetuta in forma corrente come verità fuori discussione è connessa, con reciproco sostegno, alla dottrina ugualmente dominante nella materia della natura e dei regimi del matrimonio romano e, più in generale, nella materia della natura e del regime della famiglia romana, vale a dire la materia della patria potestas e dell'insieme delle persone che si trovano in essa.

Credo per tanto che revocare in dubbio la dottrina della origine esclusivamente germanica e a-romana o addirittura anti-romana dei regimi della comunione dei beni tra coniugi può contribuire a riaprire un dibattito su natura e regime o regimi della famiglia e del matrimonio nel Diritto romano.

[p. 9]

## **2. Lo schema storico-dogmatico della natura germanica e anti-romana degli elementi 'comunitari' nei moderni diritti di famiglia, anche nel sistema romanista e presso i "popoli latini". Nessi ideologici con il tema della 'libertà individuale'. Contradizioni**

Premesso che, come osservava lo Hinojosa, «El problema de los orígenes de la comunidad de bienes entre cónyuges es uno de los más difíciles de la historia del derecho medioeval»[7], appare abbastanza chiaro che la dottrina della origine germanica dei regimi di comunione riceve una strumentale e incisiva alimentazione da due ordini di ragionamenti, i quali risultano non soltanto di ispirazioni tra loro — almeno parzialmente — opposte ma anche con elementi di aporia al loro proprio interno.

Ernest Glasson, noto comparatista francese della seconda metà del secolo XIX scriveva: «Les nations modernes ont toutes, sauf l'Angleterre, préféré la propriété romaine <alla "propriété collective des Germains">, même celles qui n'appartiennent pas à la race latine, comme, par réciprocité, à la famille romaine on a substitué, chez les peuples d'origine latine l'organisation de la famille germanique.» Ciò non costituirebbe — secondo il Glasson — una contraddizione ma «la conséquence forcée, irresistible du progres sociale»[8],

[p. 10]

il cui motore è costituito, sempre secondo il Glasson, dalla "libertà individuale". Infatti «Chez les Romains comme chez les Grecs, l'Etat ou la cité absorbe les personnes. Les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle. Si l'on veut retrouver le germe de cette liberté, c'est en Germanie qu'il faut se transporter. ... Le triomphe de la famille germanique sur la famille romaine, celui de la propriété romaine sur la propriété germanique et féodale ne s'expliquent pas autrement. La famille romaine a succombé parce que elle était incompatible avec l'indépendance de l'individu; au contraire, la propriété romaine assurant mieux la liberté, de l'individu que la propriété collective des Germains, a survécu.»[9]

In epoca moderna dunque, in obbedienza — si direbbe — alla logica evolutiva e/o a quella della tendenziale coincidenza tra razionale e reale, si sarebbero combinati in un unico sistema elementi provenienti da sistemi diversi, entrambi invece in sé contraddittori: il sistema del Diritto romano individualista nella proprietà e antiindividualista nella famiglia e il sistema del diritto germanico individualista nella famiglia e antiindividualista nella proprietà.

Si tratta di una costruzione che appare sbilenco a colpo d'occhio in quanto, mentre postula una esigenza di razionale *reductio ad unum* della logica animante il sistema giuridico moderno, nega quella stessa esigenza per i sistemi antichi; e ancora

più se si considera che il regime 'germanico' dei beni nel matrimonio sarebbe il regime niente affatto individualista della comunione, che si imporrebbe su quello 'romano' della dotalità e divisione.

[p. 11]

E' ben vero che la vicenda giuridica affermata e spiegata dal Glasson è quella della *patria potestas*: «la puissance paternelle était la base de la famille romaine, cette base a été renversée, et partout aujourd'hui la famille ne repose plus que sur le mariage»[10]; il sostituto della 'famiglia patriarcale romana' offerto dalla e per la società individualista, magnificata e auspicata dal Glasson, è la famiglia – coppia[11] di cui si afferma la origine germanica. I temi del regime dei beni — anche — nel matrimonio e della *patria potestas* sono tuttavia strettamente connessi. La affermazione del Glasson che «La famille romaine des Douze Tables est une institution politique, comme la cité. Le *pater familias*, magistrat et chef suprême, absorbe tout en sa personne»[12] può — ad esempio — bene essere integrata con quella coeva dell'Esmein: «Les anciens Romains, en effet, ont eu l'idée

[p. 12]

de cette communauté, des biens dans la famille qui, chez les Germains et les Slaves, produit parfois des effets si nets et si puissants: mais, tant que vit le père, ils n'en ont fait naître aucun droit des membres contre le chef.»[13]

Il ragionamento del Glasson si iscrive nello schema storiografico e giuridico liberale della contrapposizione della libertà degli antichi alla libertà dei moderni[14]; questo ultimo quindi rielaborato nella formula del «cittadino romano servo nello Stato e despota nella famiglia», con cui lo Hegel (in ciò seguito dal Mommsen) costruisce il farsi (attraverso il superamento di fasi meno perfette) della — sua — idea di Stato e della connessa separazione pubblico — privato, dove il privato coincide, appunto, con il familiare[15].

[p. 13]

La concezione storico-dogmatica del diritto, sinteticamente rappresentata nelle proposizioni del Glasson, è chiave di lettura e, al contempo, di orientamento della realtà giuridica coeva: la 'famiglia patriarcale romana' sarebbe venuta meno perché illiberale; ai fini del progresso (cioè del necessario affermarsi del valore della libertà individuale) è opportuno che la 'famiglia patriarcale romana' scompaia[16].

Nella stessa epoca si va però affermando, sopra tutto in ambiente germanico, la idea del carattere individualista del Diritto romano "classico" 'tout court', del quale carattere anzi il regime familiare

[p. 14]

diviene prova specifica, a ciò non ostando il potere del *pater familias*, in quanto inteso come manifestazione estrema di egoismo e di scarso interesse per i 'sottoposti'[17]. Il regime romano del matrimonio cd. libero sarebbe la reazione estrema — ma, per tanto, in qualche modo speculare — al regime cd. della *manus*[18].

La tesi del carattere individualista, ai massimi livelli possibili del regime coniugale romano 'classico', troverà nella formulazione dello Schulz la asserzione più autorevole e più fortunata[19].

In questo contesto però la idea del carattere complessivamente individualista del Diritto romano si tramuta da argomento a favore della applicazione di tale diritto (specie nella sua configurazione 'classica') in argomento di suoi critica e ripudio.

[p. 15]

Ciò si spiega con le novità del clima politico culturale europeo continentale e specialmente tedesco post-quarantottesco, caratterizzato dalle dottrine organiciste[20].

[p. 16]

Alla fine del secolo, nei circoli 'progressisti' e riformatori tedeschi trovavano infatti accoglienza le idee, alimentate dai germanisti, contrarie al Diritto romano. In particolare, veniva rimproverato alla tradizione giuridica romanista, specie nel recupero effettuatone dalla stessa Pandettistica tedesca, il carattere di «strumento della società capitalistica organizzata nello stato di diritto a egemonia borghese», con la conseguente

esaltazione di tutti gli aspetti individualistici[21].

Nel 1895 Max Weber osservava che gli istituti giuridici «che oggi, in una prospettiva riformatrice risultano più impopolari, sono imputati in blocco al diritto romano», mentre le idee nuove e le nuove esigenze maturate «in campo politico e giuridico, o che sono consone alle aspirazioni soggettive del riformatore, per una sorta di sciovinismo vengono senz'altro attribuite al diritto tedesco[22].

[p. 17]

Anche questa, pur diversa, ottica si avvale della — e alimenta la dottrina della origine germanica del moderno diritto di famiglia nel sistema giuridico romanista, con specifico riferimento ai regimi più diffusi della comunione di beni tra coniugi.

Un altro comparatista e studioso dei regimi matrimoniali, lo svizzero Ernest Roguin, scriveva nel 1905: «Comme il arrive dans beaucoup de pays, mais spécialement en Allemagne, des préoccupations contemporaines ont agi inconsciemment sur les systèmes des historiens, malgré l'éminence de ceux-ci. A la fin du dix-neuvième siècle, il s'agissait de doter l'Empire allemand d'un code civil uniforme. Quelques juristes, au premier rang desquels se trouvait Gierke, désiraient que l'on adoptât comme regime légal la communauté. Mais, ils ne pouvaient songer à arriver à ce résultat sans démontrer que ce régime était essentiellement germanique ...»[23].

[p. 18]

La fondatezza della connessa concezione individualista del Diritto romano nel suo insieme (concezione che ha costituito, per un verso, il presupposto dottrinario del famoso paragrafo 19 dell'"immutabile programma" del partito nazionalsocialista tedesco contro il Diritto romano e 'per' un "deutsches Gemeinrecht" e, per altro verso — in un periodo storico preciso — , il presupposto della ostilità del campo marxista[24]) è stata contestata abbastanza per tempo[25]. Tuttavia è una concezione tutt'altro che sradicata e uno dei settori in cui maggiormente continua a prosperare è proprio — un po' curiosamente, tutto sommato — quello del regime familiare. Dando brevemente notizia

[p. 19]

della apparizione[26] dell'articolo di G.Gaudemet, Gli aspetti comunitari del matrimonio romano, M.Bretone scrive[27]: «Che i giuristi classici, riprendendo motivi diffusi nella coscienza del loro tempo, parlino talvolta di una *societas* fra gli sposi, è cosa che si deve ammettere (v., per quanto molto discussi, D.23.2.1; D.25.2.1; D.42.1.52; v. anche CI.9.32.4 — Gord., a.242 — ); ma non riguarda, nemmeno indirettamente, il regime giuridico dei beni. ... Nonostante l'acuto tentativo dello studioso francese, rimane dunque ancora ferma la conclusione dello Schulz (*I principii del diritto romano...*): "L'idea della comunione di beni fra coniugi è radicalmente esclusa, quantunque corrisponda anche in Roma al sentimento giuridico popolare e quantunque la massima 'uomo e donna non hanno beni separati' risponda all'ideale romano"». La dottrina dello Schulz — integralmente ripresa dal Bretone — mi appare esemplare, in maniera evidente, del difetto di attenzione per il ruolo fondamentale del "costume" nella formazione del diritto; difetto che, secondo la acuta osservazione del Gallo, "l'esaltazione del ruolo verticistico dell'operatore giuridico" e la "adesione ad un astratto principio della divisione dei poteri" hanno provocato nella dottrina romanistica[28].

Per altro, come succede con le coperte troppo corte, neppure in questa variante, la logica dello schema delle origini, nel moderno sistema romanista (origine germanica del diritto di famiglia con la specificità

[p. 20]

dei regimi di comunione coniugale dei beni e origine romana del diritto di proprietà) riesce a 'tenere tutto dentro'. Semplicemente, la aporia eliminata dal sistema del Diritto romano antico (che sarebbe intieramente individualista) riappare sul terreno della tendenza del sistema romanista moderno che risulterebbe così per metà individualista (regime della proprietà) e per metà comunitaria (regime della famiglia).

[p. 21]

### 3. Le ipotesi, sulla origine dei regimi di comunione nei moderni diritti di famiglia, che si richiamano al Diritto romano

In realtà prima dell'impatto sulla dottrina delle preoccupazioni germanistiche di cui parla il Roguin a proposito dei padri del BGB, vi ha una notevole varietà di teorie sulla origine dei moderni regimi matrimoniali della comunione dei beni.

Tra quelle che cita lo stesso Roguin vi è la teoria della origine puramente romana. Tale teoria si fonda su alcuni passi del *Digesto* che menzionano la costituzione di società di beni tra i coniugi: *D.34.1.16.3* e *24.1.32.24*[29]. Vi sono anche coloro che vedono l'archetipo dei regimi di comunione nel più antico matrimonio romano. Tra di essi ricordo in particolare il de Mello Freire (autore del primo e fondamentale trattato di diritto civile portoghese) il quale si rifà alle leggi regie di cui in *Dion.Hal. 2.25.1* e *Plut. Rom. 22*. La dottrina del Freire mi appare particolarmente indicativa in quanto egli, mentre afferma che tale antica comunione non si sarebbe mantenuta nel Diritto romano e sarebbe quindi risorta nel diritto portoghese (consuetudinariamente, per essere poi sancita da Alfonso V nelle sue 'ordinazioni'), usa le categorie propriamente romanistiche — specialmente quella della *societas* — sia per costruire nel 'diritto portoghese' l'istituto della comunione sia per fondarlo sul piano della opportunità[30].

[p. 22]

Vi è quindi la teoria della origine gallica, che si fonda invece su un passo del *De bello Gallico* di Cesare (4.19): «*Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis aestimatione facta cum dotibus communicant. Huius omnis pecuniae conjunctim ratio habetur, fructusque servantur; uter eorum vita superavit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.*» Anche tale teoria postula comunque l'intervento del Diritto romano. Un testo di Ulpiano (*D. 23.3.9.3*) dice che i Galli chiamano *peculium* ciò che i Greci chiamano *paraferna*. Esso viene ricordato per affermare che, all'epoca della conquista romana, le donne dei Celti erano sottoposte quanto e più delle mogli *in manu* al potere dei mariti, nel cui patrimonio i loro beni venivano 'assorbiti'. E' allora per influsso del Diritto romano che si sarebbe prodotta una evoluzione nel senso di riconoscere a una parte dei beni femminili il regime del *peculium*, ciò che avrebbe condotto, con il tempo, a un regime di natura comunitaria[31].

[p. 23]

Anche la teoria della origine germanica della comunione dei beni coniugali contempla in una prima formulazione, l'intervento del Diritto romano. Secondo tale formulazione, la base del regime comunitario starebbe nel sistema, proprio delle leggi barbariche, del *mundium* maritale e della dote femminile. Scrive a tale proposito il Ginoulhiac (uno dei più eminenti sostenitori di questa formulazione) che[32] «principe qui est l'expression du droit national, l'élément germanique pur dans le mariage, c'est le *mundium* marital.» Si tratta — anche qui, come per il diritto dei Celti — di un potere sulla donna e sui suoi beni di grande estensione e intensità[33] che però, presso le città libere dei secoli XIV e XV, è limitato nei confronti della dote femminile dall'obbligo della sua conservazione e — eventuale — restituzione: «Das Wieber Gut darf weder wachsen, noch schweinen.»[34] Nel XVI secolo le esigenze del commercio esaltano l'apporto economico femminile e ne richiedono la possibilità di mobilitazione, problema giuridico che — occorre sottolinearlo — si risolverebbe grazie all'apporto di sussidi romanistici: «Ajoutez à cela — dice il Ginoulhiac — l'influence de la loi romaine, dont l'étude s'était répandue en Allemagne, et qui fit appliquer lors de la révision des statuts, les principes de la société à l'association conjugale, et la communauté des biens fut constituée.»[35]

[p. 24]

Questo insieme di dottrine cede quindi il campo, sotto la spinta — pare, come già si è detto — di motivazioni ideologiche, a quella della risalente origine germanica della comunità di beni fra coniugi.

Va comunque ricordato che, secondo la variante più diffusa di tale ultima dottrina, un ruolo importante nel definirsi — in ambiente e su radici germaniche — del regime coniugale della comunione dei beni spetterebbe al Cristianesimo[36]. Ora, anche per questa via si può ritrovare una presenza del Diritto romano attraverso la influenza della concezione giuridico-religiosa romana del matrimonio, che — secondo autorevoli opinioni — dura ininterrottamente dalla epoca arcaica sino a quella giustiniana e che condiziona fortemente la concezione cristiano — canonica[37].

[p. 25]

#### **4. Due argomenti oggettivi per la ascendenza romanistica dei regimi di comunione coniugale**

Ciò che dunque — a un esame complessivo della dottrina — appare, rifuggendo dalle posizioni estreme — più credibile è una commistione di elementi giuridici germanici e romani nel formarsi del regime della comunione legale dei beni, commistione nella quale neppure è detto che l'elemento germanico abbia una parte leonina.

Sono due gli argomenti che militano a favore di un ruolo quanto meno importante del Diritto romano in questa materia; essi sono: la mancanza della comunione in contesti dominati da tradizioni giuridiche germaniche e in cui il Diritto romano è stato (o è divenuto) sostanzialmente ininfluenza e, per converso, la presenza della comunione in contesti in cui dominante è la presenza del Diritto romano mentre è stato ininfluenza l'elemento germanico.

Il Glasson divide i paesi europei a seconda che il Diritto romano vi domini, si sia fuso con quello germanico oppure non vi si sia fatto sentire. Tra questi ultimi il più importante è l'Inghilterra. Il diritto, la lingua e i costumi romani erano stati adottati dalle popolazioni celtiche della Gran Bretagna durante i quattro secoli di appartenenza all'Impero romano, dalle campagne di Giulio Cesare nel 54-53 a.C. Sotto il regno di Severo (dal 208 al 211 d.C.), il Prefetto al pretorio Papiniano — essendo suoi assessori Paolo e Ulpiano — amministrò la giustizia a York[38]. Questa presenza è però cancellata da una

[p. 26]

delle più dure tra le invasioni germaniche, la invasione degli Anglosassoni a partire dalla prima metà del V secolo. I falliti tentativi, nei secoli XI e XII, dei re normanni successori di Guglielmo il Conquistatore di reintrodurre in Gran Bretagna lo studio del Diritto romano (oltre che la lingua francese) alimentarono quindi l'avversione anglosassone nei confronti di questo Diritto[39]. Il diritto civile inglese, o 'common law'[40], deriva per tanto da due fonti principali: l'una — più antica — sassone e la seconda — che data dall'XI secolo — normanna, le quali sembra non dovessero essere in principio troppo divergenti, anche se i rispettivi confini sono incerti. Il regime familiare di 'common law', definito di "absorption" della donna (*caput* e beni) da parte del marito, sarebbe stato in origine diffuso — come abbiamo ricordato — presso i popoli germanici in generale (nonché presso i Celti), ed è stato accostato (sulla base anche di prospettive storiche di tipo evolucionistico) al regime romano della *manus* maritale[41]. Soltanto presso i popoli anglosassoni — ove cioè la influenza del Diritto romano è mancata — tale regime ha però avuto una lunghissima vita: sino alla 2<sup>a</sup> metà del secolo scorso, quando — prima presso alcuni Stati nord-americani e, quindi, nella stessa Inghilterra — si è

[p. 27]

avviato un processo legislativo che, in breve volgere di tempo, ha sancito invece il regime della assoluta separazione di beni tra i coniugi[42].

Ma la prova principale della infondatezza della diffusa nozione della origine esclusivamente germanica — anche presso i popoli latini — della comunione di beni fra coniugi è stata fornita, in svariati studi, da uno storico italiano del diritto intermedio,

M.Roberti, il quale ha documentato la presenza di tale regime «in terre, come la Sardegna, che possiamo con ragione ritenere libere dalla preponderante influenza straniera e dove istituti romani e greco-romani continuano a svolgersi sotto la pressione più o meno sensibile delle condizioni economiche locali»[43].

[p. 28]

## **5. Ulteriori aperture in dottrina e prospettive di ricerca sul rapporto tra Diritto romano e regimi di comunione di beni tra coniugi**

Il Roberti però — chiaramente condizionato dalla dottrina del carattere 'individualista' del regime giuridico 'classico' del matrimonio romano — è in difficoltà a spiegare positivamente il sorgere, in età medievale, di un "diritto popolare romano" che sarebbe in ipotesi così radicalmente diverso dal "diritto romano classico", se non presupponendo una altrettanto radicale innovazione del regime matrimoniale già nello stesso Diritto romano: prima durante l'epoca cd. post-classica e, quindi, con Giustiniano; sia per influenze orientali sia per influenze cristiane[44]

[p. 29]

Ora, se le considerazioni sin'ora svolte ci affrancano dall'obbligo di dovere credere — un poco assurdamente — che un istituto (quale la comunione coniugale dei beni) caratterizzante in varie forme gli attuali sistemi fondati sul Diritto romano sia precisamente estraneo o, addirittura, *opposto* allo "spirito" di quel diritto e soltanto penetrato nei sistemi romanisti odierni per influenza germanica (come vuole la dottrina tutt'ora più diffusa), neppure è necessario (come invece vorrebbe il Roberti) considerarlo uno stravolgimento 'post-classico' di quel medesimo Diritto.

Per altra via — con riferimento allo specifico della esperienza giuridica spagnola — giunge ora a conclusioni assai simili a quelle del Roberti il García Garrido. Questi afferma che il sistema «mas generalizado en el derecho histórico español» il «sistema de los gananciales», vale a dire la variante spagnola della comunione — relativa — dei beni, trova «su origen en la tradición romanística»[45]-[46].

[p. 30]

Anche secondo il García Garrido, sarebbe stato sopra tutti Giustiniano, riprendendo e perfezionando spunti della tarda legislazione imperiale[47], a tracciare «las líneas maestras de un nuevo régimen jurídico-patrimonial entre conyuges, susceptible de una nueva evolución hacia la comunidad de bienes»[48] che si trova — per quanto attiene la successiva, specifica esperienza spagnola — nella comunità di acquisti del diritto visigoto[49].

Il García Garrido compie tuttavia un ulteriore passo — significativo di una nuova sensibilità nella dottrina — nel senso della revisione già avviata dal Roberti. Le 'innovazioni' degli Imperatori del V secolo e poi di Giustiniano sarebbero radicate nella

[p. 31]

"comunità d'uso dei beni" propria già al Diritto romano 'classico'. Per altro, il valore del riferimento operato dal García Garrido della vicenda della comunità coniugale dei beni a questa fase del Diritto romano è compromesso dalla contestuale citazione della tesi schulziana per cui non il *ius* ma la *humanitas* «hace que de echo los cónyuges vivan en comunión de bienes»[50].

In realtà, non soltanto — come già osservava lo Jehring — è comunitario il più antico regime patrimoniale del matrimonio romano[51], e — come si va ora notando in dottrina — è un regime oggettivamente prossimo a una situazione di comunione il regime patrimoniale coniugale quale emerge dal *Corpus iuris*.

Già un generale esame delle fonti romane giuridiche e letterarie in materia di matrimonio, ci consente di raccogliere una serie ampia e sostanzialmente coerente di testimonianze, riferentisi sia alla epoca arcaica sia alla epoca 'classica' (serie su cui non appare avere un effetto di crisi il venire meno della pratica della *conventio in manum*),

circa la natura societaria e comunitaria di tale matrimonio (nonché — ma questo è tema che esorbita il presente studio — la sua tendenziale durata 'per la vita' e il suo fulcro funzionale nella procreazione e nella educazione dei figli)[52]. La gestione unica da parte del marito di

[p. 32]

un patrimonio in parte recato da lui medesimo e in parte dalla donna, cui corrispondono una serie di poteri femminili di controllo[53] e di gestione che possiamo complessivamente chiamare 'potere delle chiavi'[54], la divisione dei beni in caso di ripudio/divorzio sia nei matrimoni *cd. cum manu*[55] sia nei matrimoni *cd. sine manu* [56], in specie per questi ultimi la scarsa rilevanza dei beni parafernali (per altro essi stessi tendenzialmente rientranti nella unificante amministrazione maritale)[57], la funzione di sostentamento degli *onera* matrimoniali attribuita alla dote (ovvero a quella sezione del patrimonio su cui più si era venuta formalizzando — a séguito anche della

[p. 33]

sopravvenuta capacità ereditaria dei figli nei confronti della madre oltre che del padre — [58] la concorrenza di diritti uomo — donna)[59], il concorso complementare delle funzioni economiche maschili e femminili nel quadro della azienda familiare[60], sono tutti elementi che continuano a fornire concretamente corpo alla antica concezione romana del matrimonio come *societas coniugalis* (o, più tecnicamente, come *consortium omnis vitae*) e che alla loro volta da quella concezione traggono la organica ragione d'essere, vicendevolmente spiegandosi e alimentandosi. In particolare appare pregnante di implicazioni una di tali fonti: Paul. *D.* 25.2.1, il cui esame, se certamente non può sostituire una lettura dogmatico-sistematica del complesso di quelle fonti capace di contrapporsi alla lettura dominante, può — quanto meno — aspirare a servirne di stimolo e premessa. Il titolo 25.2 del *Digesto* disciplina l'istituto della *actio rerum amotarum*: è a proposito di questo istituto[61] che troviamo, nelle fonti, il più chiaro ricorso, in termini di fondazione dei connessi regimi, alla natura societaria del matrimonio e, nella dottrina, le maggiori aperture al valore giuridico di quella natura [62]. Questi elementi e questa concezione del matrimonio, nel quadro

[p. 34]

della corrispondente concezione cristiana (i cui nessi di affinità storicamente determinati con quella romana già abbiamo ricordato)[63], convergendo (talvolta) con elementi dei regimi matrimoniali dei popoli germanici, sono semplificati in quel regime di comunione a formazione mista (maschile e femminile), a conduzione prevalentemente maritale e di divisione a fine matrimonio che caratterizza i diritti romanisti moderni e che — non casualmente — resta diffuso (pure con limiti: riduzione ai beni mobiliari e agli acquisti) tra i "popoli latini".

[p. 35]

## 6. L'analogica vicenda scientifica della "comunione tacita familiare"

Se si può, quindi, riprendere (nella ottica di uno studio del "Diritto romano attuale", elemento di unità e di resistenza del sistema e dei sub/sistemi romanisti) l'esame della organizzazione familiare e, in particolare, del matrimonio: natura e regime/i, merita anche — nella medesima chiave prospettica — segnalare gli aspetti di possibile interesse di un istituto per più versi vicino a quello della comunione coniugale e che, forse non casualmente, registra una analogica vicenda scientifica. Si tratta della *cd. "comunione tacita familiare"* (o "*société taisible*"), istituto diffuso in gran parte dell'Europa ancora in epoca moderna ma che ha avuto scarsa fortuna nelle codificazioni contemporanee[64]. Queste società, dette pure "fraterne" presentano le famiglie agricole organizzate in società tacite ereditarie, comprendenti sotto uno stesso tetto tutti i membri della famiglia senza distinzione di sesso (ma vale la linea agnaticia), costituite attraverso la comunione di abitazione e di mensa, durata per un anno e un

giorno, lavorando sulla stessa terra per un comune scopo di guadagno e compartecipando della cassa comune[65]. Anche per queste società si è sostenuta[66] la esclusiva origine nella antica

[p. 36]

tradizione germanica di una forma di collettivismo fondiario[67], ma anche di esse si è accertata la diffusione in contesti, quali l'Istria, la costa adriatica orientale e la Sardegna [68], sostanzialmente immuni da influenze germaniche. Ciò ha costretto a pensarne una origine nell'ambito del Diritto romano[69] e anche qui ci si è però rivolti a un istituto tardo quale la *societas fratrum* colonica dell'ultima epoca imperiale[70], senza sostanzialmente approfondire la ipotesi di una qualche continuità con l'istituto antico del *consortium ercto non cito*. Tra l'altro è stata anche avanzata la ipotesi (Leicht, Schupfer) che la comunione coniugale sia stata modellata sulla fraterna compagnia,

[p. 37]

e — in realtà — a comunione fra coniugi è detta "agermanament" in Spagna e in Sardegna, mentre in Istria e nel Friuli sono documentate, sempre allo stesso scopo, le espressioni "a fratello e sorella" e "in fraterna compagnia"[71]. Ora è fin troppo facile il richiamo ai romani '*consortium*' e '*consortes*' per indicare 'matrimonio' e 'coniugi'[72]. Per quanto occorra rammentare che la dottrina sulla 'comunione tacita familiare' si è formata prima che sull'istituto del *consortium* si conoscesse la testimonianza di Gai.3.154[73], pare senz'altro doversi capire che nel formarsi di tale dottrina un ruolo importante è 'giucato' dalla idea che tra l'antico *consortium ercto non cito* e l'avvento delle *societates fratrum* si collochi l'"individualismo" del Diritto romano cd. classico in materia di proprietà nonché la corrispondente nozione 'sovra' di *pater familias*[74]. Ha scritto però più recentemente una romanista italiana[75] che: «Nella più antica <società generale> — la *societas propria civium Romanorum*,

[p. 38]

figura intermedia fra la società in senso tecnico e gli altri *genera societatum* — , una volta caduto definitivamente in desuetudine l'atto solenne che le costituiva, confluiscono tutte quelle figure di consorzio familiare che, con maggiore o minore fortuna, si erano mantenute nelle diverse fasi dell'impero, dando vita alle società tacite familiari, alle fraterne di cui ci parlano gli storici del diritto italiano».

---

[1] P. CATALANO, *Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano y Derecho romano in Revista de legislación y jurisprudencia* 131 — Madrid 1982 — 161 ss.; Id., *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano in Acta Universitatis Szegediensis. Acta juridica et politica* 33 — 1985 — <=Acta E.Pólay> 167 ss.).

[2] V.R.POUND, *The spirit of the Common law* (Boston 1921) 37; J.J. SANTA PINTER, *Sistema de derecho anglosajón* (Buenos Aires 1956) 17.

[3] Vi sono autori che individuano all'interno del sistema romanista un gruppo (o «famiglia giuridica») «ibero-americano»: J.CASTAN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (Madrid 1956) 45 ss.; J.M.CASTAN VAZQUEZ, *El sistema de derecho privado iberoamericano in Estudios de derecho*, Fac.de Der.y C.políticas, Univ.de Antioquia, Medellín, Colombia (30 marzo 1969) n.75.; H.EICHLER, *Die Rechtskreise der Erde in Estudios Castán Tobeñas* 4 - Pamplona 1969 - 307 ss. (cfr. ID., *Gesetz und System* - Berlin 1970 - 76 ss.); cfr. F.DE SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al derecho comparado* (Barcelona 1954) 233 ss.; J.BASADRE, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*2 (Lima 1907) 131 ss. Parla più specificamente di «gruppo latino-americano» già C. BEVILAQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado*2 (Bahía 1897) 101 ss.; nella stessa linea A. SARAIVA DE CUNHA LOBO, *Curso de Direito romano* III (Rio de Janeiro 1931) 171 ss. (il romanista brasiliano include la Repubblica di Haiti che il Castán Tobeñas considera invece «pais latinoamericano, que podemos conctar al sistema francés» — loc. cit. — ); H.VALLADAO, *Le droit latino-américain* (Paris 1954); R.DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique latine* (Paris s.d.).

Sulla forte caratterizzazione romanistica del sistema giuridico latinoamericano, si veda A.DIAZ BIALET, *La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el derecho común americano in Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani* (Bologna 21 — 26 ottobre 1963) III (Milano 1968) 1007 ss.; ID. *La*

*transfusión du droit romain* in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 18 (1971) 471 ss.; ID., *Influencia del Derecho Romano en el derecho positivo de la Argentina. Acerca de la transfusión del Derecho romano* in *Romanitas* (1971) 235 ss. Cfr. L.MOISSET DE ESPANES, *Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas* (Córdoba — Argentina 1973); ID., *Obligaciones naturales y deberes morales. Estudio de derecho comparado* (Córdoba 1968) 41 ss.; ID., *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino* (Córdoba 1967); L.DE GASPERI, *El régimen de las obligaciones en el derecho latinoamericano* (Buenos Aires 1960) 79 s. y 131 s.; H.A.STEGER, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert* in *Index* 4 (1973), e dello stesso autore, *Universidad de abogados y universidad futura*, *ibid.*; nonché *Lateinamerika*, a cura di G. SANDNER — H. A. STEGER (=Fischer *Landerkunde* 7) (Frankfurt am Main 1973) 261 ss.

[4] Ciò che è proprio del sistema romano antico (v. SUMNER MAINE, *L'ancien droit*, secondo il quale quella prima società «non era una collazione di individui, come quella del nostro tempo» ma «una aggregazione di famiglie»; cfr. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel Diritto romano I Il matrimonio romano* — Bologna 1886 — 88) e quindi dei sistemi romanistici (SAVIGNY, *Sistema del Diritto romano attuale*, tr. Scialoja, I prgf. 53, p.345 scrive «Lo Stato ha per elementi immediati le famiglie, non gli individui»; cfr. A. CICU, *'Matrimonium seminarium rei publicae'* in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"* 4<sup>^</sup>s. I 1 <1921> 128 nt.2; v. anche *ibidem* p. 127-142 continuità da Cicerone a Proudhon <?>; Id. *Il diritto di famiglia* - Roma 1914 - riferimenti allo Jhering).

[5] P.J.EDER, *Principios característicos del 'common law' y del derecho latinoamericano* (Buenos Aires 1960) 149 ss.; V.C.MOUCHET — M. SUSSINI, *Derecho hispánico y 'common law' en Puerto Rico* (Buenos Aires 1953).

[6] R.DE LA GRASSERIE, *Des regimes matrimoniaux chez les peuples latins* in *Revue général du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* 27 (1903) 118 ss.; 313 ss.; 421 ss.; 529 ss.; 28 (1904) 40 ss.

[7] HINOJOSA, *Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias* (Madrid 1907); cfr. M.ROBERTI, *Studi intorno alle origini della comunione dei beni fra coniugi* in *Studi senesi* 34 (1918) 7 nt. 1.

[8] E.GLASSON, *Le Mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe. Étude de législation comparé, e précède d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne*2 (Paris 1880) 128.

[9] E.GLASSON, *Op.cit.* 128 s.

[10] E.GLASSON, *Op.cit.* 126.

[11] Secondo il sociologo E.W.Burgess, le varie tipologie familiari si muovono tutte tra i due poli opposti costituiti dai modelli della famiglia istituzione ("institution") e della famiglia cameratesca ("companionship"). L'Ardigò sintetizza così le differenze della seconda dalla prima: «a. riduzione della composizione numerica della famiglia; b. diminuzione del gruppo parentale sulla comunità esterna all'unità familiare ed emancipazione individuale dei familiari; c. diminuzione dei fattori esterni esercitante una pressione alla conformità dei comportamenti familiari, cioè diminuzione del controllo esercitato dal costume e dall'opinione pubblica della comunità» (E. W. BURGESS — H. J. LOCKE, *The Family. From Institution to Companionship* — New York 1960 — 22 ss. in part. 24; A. ARDIGO', *Struttura della famiglia* in G. BRAGA — L. DIENA — F. LEONARDI, *Elementi di sociologia IV Gruppi e sistemi sociali* — Azzate, Milano 1967 — 65 s.).

[12] E.GLASSON, *Op.cit.* 120.

[13] ESMEIN, *Le testament du mari* in *Mélanges* (1886) 38 (cit. in M.ROBERTI, *Studi intorno alle origini della comunione dei beni fra coniugi. Parte seconda: L'elemento romano e cristiano nelle origini della comunione di beni fra coniugi* in *Studi senesi* 2<sup>^</sup>s. 8 <=33> — 1918 — 241 nt.1).

[14] Circa la nota contrapposizione operata dal Constant e sul suo 'precedente' costituito dall'*Esquisse* del Condorcet, v. P. CATALANO, *Tribunato e resistenza* (Torino 1970-71) 1 ss.; cfr. 69 ss. e 138 ss.

[15] G.W.F.HEGEL, *Lezioni di storia della filosofia della storia*, tr.it. di G.Calogero e C.Fatta (Firenze 1941-63) III 173; cfr., sulla distinzione di compiti tra 'famiglia' e 'Stato', Id., *Lineamenti di filosofia del diritto ossia Diritto naturale e Scienza dello Stato in compendio*, tr.it. di F.Messineo (Bari 1965)3 prgf.178 (cfr. anche prgf. 170 e 243) e, per la 'traduzione' mommseniana, Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) 17. In proposito G.LOBANO, *'Pater et filius eadem persona'*. Per lo studio della *'patria potestas'* I (Milano 1984) 10 s.; cfr. Id., *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni. Appunti in margine al dibattito giuspubblicistico contemporaneo, con particolare riferimento alle tesi di Juan Bautista Alberdi e Vittorio Emanuele Orlando* (Sassari 1989) prgf. A II 2 a. Circa i nessi e le differenze tra il pensiero del Constant e quello dello Hegel in materia di 'antichi' (romani) e moderni, v. P. CATALANO, *'Populus*

Romanus Quirites' (Torino 1974) prgf.III D del cap.I.

[16] E' bene ricordare — a titolo d'esempio — che Rousseau e Marat proponevano lo schema, di chiara ispirazione romana, di un popolo sovrano costituito di famiglie riunite ciascuna intorno al proprio *pater familias* (S.MORAVIA, *Filosofia della storia e testi* II — Firenze 1984 — 355 «L'assemblea di tutto il popolo, o almeno (come si esprimeva il Rousseau) dei "padri di famiglia"»; cfr., sempre in forma esemplare, il *Progetto di costituzione per la Corsica* nella edizione italiana del Garin degli *Scritti politici* del Rousseau III — Bologna 1971 — 137 e 145; *l'Ami du Peuple*: «Le donne e i bambini non devono prendere parte alle decisioni perché sono rappresentati dai capi di famiglia» cit. di N.ASPESI, *Il pugnale orgoglioso di una giovane normanna* in AA.VV., 1789-1799. I dieci anni che sconvolsero il mondo. I giorni del Terrore — Roma 1989 — 52). S. SCHIPANI, *Andres Bello romanista istituzionista* definisce il *ius civile* più antico «espressione e regola dell'assetto storico di quella società di *patres familiarum* uguali sovrani e possidenti». Lo Schipani si richiama a posizioni dottrinarie del Grosso e del De Martino (G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto* — Milano 1976 — 87; F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato* cit. 256).

[17] In questo contesto si precisa e consolida la idea (contraria alle fonti: Cic. *ad Brut.* 1.17.6 *dominum ne parentem quidem maiores nostri voluerunt esse*; cfr. Paul. *D.* 50.16.215) che, nel Diritto romano, «la patria potestas poté essere riassunta, giuridicamente, nel concetto di 'proprietà'». Così, per tutti, la recente riepilogativa monografia di A.M.RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'* I Dalle origini alla età degli Antonini (Milano 1979) 73; cfr., in proposito, ancora G.LOBANO, *'Pater et filius'* cit. 16 ss., in part., 21 nt.58.

[18] V., ad es., in questo senso, Ch.LEFEBVRE, *Le mariage et le divorce à travers l'histoire romaine* in *Nouvelle Revue Historique de Droit Française et étranger* 42 (1918) 102 ss., in part.110.

[19] F.SCHULZ, *I principii del diritto romano*, tr.it.a cura di V. Arangio-Ruiz (Firenze 1956) 127 ss. Cfr., *infra*, prgf.II 1.

[20] I costituzionalisti distinguono sul piano giuridico il liberalismo francese pre-quarantottesco di ispirazione giusnaturalistica, dal liberalismo della seconda metà dell'Ottocento, la cui patria diviene la Germania ed esponente tra i più spiccati il Bluntschli e che comporta il rifiuto delle teorie contrattualistiche (v., ad es., J.K.BLUNTSCHLI, *Diritto pubblico universale* tr. it. di G.Trono dalla 4<sup>a</sup> ed. ted., I — Napoli 1873 — 395 ss.; opera che G. Cianferotti, *Il pensiero di V.* — 46, definisce «specie di summa del costituzionalismo liberale germanico»). Per le distinzioni tra liberali illuministi e liberali organici, v. P.SCHIERA, "Introduzione" alla traduzione italiana da lui stesso curata di E.W.BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problematica e modelli dell'epoca*, trad. e "Introduzione" di P. Schiera dalla ed. ted. del 1961 (Milano 1970). e N.MATTEUCCI, *Dal costituzionalismo al liberalismo* in AA. VV., *L'età moderna II Illuminismo, rivoluzione, restaurazione* <= L. FIRPO (diretta da), *Storia delle idee politiche economiche e sociali IV/2*> (Torino 1975). In generale, sul tema delle contemporanee teorie organicistiche dello Stato v. O. KAUFMANN, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre der 19. Jahrhundert* (Heidelberg 1908).

Le concezioni organicistiche della società e dello Stato tuttavia sarebbero — seppure diversamente e non dichiaratamente — egualmente 'individualiste'. La tesi che «l'interpretazione biologica del fatto sociale conduce all'individualismo, anzi costituisce di questo la vera e unica giustificazione» è formulata dal Solari (G.SOLARI, *Filosofia del diritto privato* Torino 1959 — "Prefazione" alla 1<sup>a</sup> ed. 1911 — viii; cfr. Id., *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno* cit. 48 s. e 120 ss. e *L'idea individuale* — Torino 1902 — passim). Cfr. però G.PERTICONE, *Liberalismo in Novissimo Digesto Italiano IX* (1957) 833: «In breve, lo svolgimento del liberalesimo come rivendicazione della libertà dell'individuo, di fronte allo Stato, si risolve nell'annullamento dell'individuo nello Stato» e Th.JEANTET, *L'individu collectif* (Paris 1983) cap.I "L'individu contre l'individualisme" p. 15 ss.

Per un approccio, attraverso scritti recenti, al tema delle definizioni storico-sistematiche delle categorie dell'individuale, v. ora E.P.HABA, *La idea del totalitarismo y la libertad individual. Autopsía de una noción mistificadora* (Bogotá 1976); W.HEINE, *Methodologischer Individualismus. Zur geschichtphilosophischen Begründung eines sozialwissenschaftlichen Konzepts* (Würzburg 1983) e AA.VV., *Formen der Individualität im Verhältnis zur marxistisch-leninistischen Kulturtheorie und Kulturgeschichte. Materialien des X. Kulturtheoretischen Kolloquiums aus der Humboldt-Universität zu Berlin* (Berlin 1982).

[21] L.CAPOGROSSI COLOGNESI, *Max Weber e le società antiche* I — Roma 1988 — 118 s., che cita tra virgolette F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* tr.it. dalla ed. Göttingen 1967 I (Milano 1980) 191.

[22] M.WEBER, *'Römisches' und 'deutsches' Recht in Die christliche Welt. Evangelisch - lutheranisches Gemeindeblatt für Gebildete aller Stände* 9 (1895) 521 ss.; cfr. L.CAPOGROSSI COLOGNESI, *Op.cit.* 120. Una traduzione italiana di B.Spagnuolo Vigorita del testo weberiano ora in M.WEBER, *Scritti* (1895 1898) (Roma 1988) come appendice al testo ora citato del Capogrossi. A proposito della germanicità del patrimonio familiare il Weber osserva: «l'idea abbastanza meschina su cui si fonda il progetto di legge per la costituzione dei cosiddetti "beni di famiglia" (Heimstätten) nel suo punto nodale, la tutela da parte di un'autorità economicamente non interessata, è di stampo non tanto germanico, quanto prussiano burocratico.» (trad.ital.cit. 2).

[23] E.ROGUIN, *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial* (Paris 1905) 359.

[24] V., in proposito, G.GROSSO, *Premesse generali al corso di Diritto romano* (Torino 1960) 11 ss. che ricorda gli scritti fondamentali del Koschaker sulla "crisi" del Diritto romano e del suo studio in particolare in Germania (*Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft — 1939 —* quindi rifuso e ampliato nel più noto *Europa und das römische Recht — München 1947 —*); cfr. P.CATALANO, *Linee dell'indagine in Id. (a cura di), Diritto romano e Università dell'America Latina. Ricerca su «Stato e metodi delle indagini e degli insegnamenti romanistici nei Paesi della Europa orientale e nei Paesi extraeuropei»* <=Index 3> (napoli 1973) 1 s., in particolare la nt 4 sulla feconda ripresa degli studi romanistici nei Paesi socialisti.

[25] Ricordo ancora lo scritto or ora citato di Francesco De Martino; in particolare sulla proprietà cfr. P.DE FRANCISCI, *Appunti intorno ai 'mores maiorum' e alla storia della proprietà romana in Studi in onore di A.Segni I — Milano 1967 — 615 ss.*; A.A.CORREA, *Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique in Atti del Seminario Romanistico Internazionale, Perugia-Spoleto-Todi 11-14 ottobre 1971, — Roma 1972 — 141 ss.*

[26] *Ius* 12 (1961) 150 ss

[27] *Labeo* 8 — 1962 — 141.

[28] F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* (Torino 1971) 7; 15 ss.; 24.

[29] E.ROGUIN, *Op.cit.* 302.

[30] Ph. J. MELLII FREIRII, *Institutiones juris civilis Lusitani tum publici tum privati* 5 II *De jure personarum* (Conimbricæ 1859) tit.VIII "De communione bonorum inter coniuges", prgff. 1 e 2 = p. 123 s. Su posizioni simili a quelle del Freire sembra anche L.VAN DEN HANE il quale, nel commentare leggi e costumi della città di Bruges, afferma (titolo III "Des droits appartenant à gens mariés et de leur communauté", art.1) che tale comunità rimonta alle prime leggi romane e sarebbe stata quindi ripristinata dai Belgi (cit. in M.WOLOWSKI, *De la société conjugale in Revue de législation et de jurisprudence* 18 — 1852 — 343 ss.). La medesima tesi è sostenuta per la Francia da TYPALDO BASSIA, *La communauté de biens conjugale* (1903) 10 che riprende portando a più avanzate conseguenze osservazioni del GIDE, *Cond.privée* cit. 120; cfr.446 (cit. in M.ROBERTI, *Studi intorno alle origini della comunione dei beni fra coniugi in Studi senesi* 33 (=s.2^ 8) (1917) 235 nt.1).

[31] Così ancora ROGUIN, *Loc.cit.*

[32] M.Ch.GINOULHIAC, *Histoire du régime dotal et de la communauté en France* (Paris 1842) 250.

[33] E.GINOULHIAC, *Op.cit.* 216.

[34] E.GINOULHIAC, *Op.cit.* 251 nt.1.

[35] E.GINOULHIAC, *Op.cit.* 254.

[36] E.ROGUIN, *Op.cit.* 306.

[37] J.GAUDEMET, *La définition romano — canonique du mariage in Festschrift Plöchl* (Wien 1967) 107 ss.

[38] Dio Cass. 76.14.5; cfr. HASEBROEK, *Untersuchungen zur Geschichte des Kaisers Septimius Severus* (Heidelberg 1921) 164 s.; FLUSS in *PW II A 2* (1923) 1977; H.COEN, *Description historique des monnaies frappées sous l'Empire romain IV* (Graz, 1955) 2 e 104; E.GLASSON, *Op.cit.* 41.

[39] E.GLASSON *Op.cit.* 49 s.

[40] E.GLASSON *Op.cit.* 5.7

[41] E.ROGUIN, *Op.cit.* 69 ss.; F.PUIG PEÑA, *Comunidad de bienes entre los conyuges in Nueva enciclopedia jurídica IV* (Barcelona 1952) 591; cfr.A.ESMEIN, *La manus, la paternité, et le divorce. Mélanges d'histoire du droit* (Paris 1886; r.a. Aalen 1970) 22 s., che cita a sostegno LONING, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t.II, p.618.

[42] Ancora E.ROGUIN, *Op.cit.* 761 ss.; cfr. R.DE LA GRASSERIE, *Op.cit.* 121 s.

[43] M.ROBERTI, *Studi intorno alle origini della comunione dei beni fra coniugi* cit. 228; cfr 10 ss.

Gli studi del Roberti restano fondamentali anche nella specifica materia dei costumi matrimoniali in Sardegna: v., dello stesso autore, *Per la storia dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Sardegna. Capitoli matrimoniali sardi del XVI secolo in Archivio storico sardo* ( ) 273 ss. Tra i contributi più recenti posso segnalare come particolarmente utile la raccolta di scritti di AA.VV., *La famiglia e la società sarda <=Studi sassaresi 2>* (1971). Si può inoltre vedere S.LOI, *Matrimonio e famiglia in Sardegna nei Sinodi e nelle prescrizioni della Chiesa sarda dal Medioevo al Concordato del 1929* in AA.VV., *Saggi di teologia e storia* (Cagliari 1977); F.PALA, *Il matrimonio in Sardegna* (1985) e, più in generale, A.MARONGIU, *Matrimonio e famiglia nell'Italia meridionale* (sec. VIII— XIII) (Bari 1976).

[44] Il Roberti parte dalla idea di natura dogmatica che «Nessuna relazione può avere la comunione coniugale del medioevo sia coll'abbandono completo dei beni della donna nelle mani del marito che aveva luogo nel matrimonio solenne *cum manu*, sia con la forma classica della dote nelle *justae nuptiae sine manu* dove vigeva la separazione netta, assoluta dei beni appartenenti agli sposi»; egli contesta quindi la tesi di chi vorrebbe quanto meno vedere un precedente della comunione medievale e moderna nel regime patrimoniale del matrimonio *cum manu*, osservando che «Certo alla morte di uno dei due coniugi quella presunta comunione <del matrimonio cd. *cum manu*> non aveva effetto di conferire al superstite non già la metà, ma neppure una minima parte del patrimonio familiare» (op.cit.235). Questa specifica visione del Diritto romano costringe il Roberti a pensare a un "diritto volgare" o "diritto popolare" romano (p.7) che avrebbe preso corpo fuori della "legge scritta" per influenza decisiva della "idea cristiana" e che — nella nostra materia— totalmente contrario o almeno estraneo al Diritto romano 'classico', avrebbe però già avuto dei 'precedenti' nel Diritto romano 'post classico' e giustiniano (p.230 ss.). In particolare, le «Modificazioni del Diritto romano che possono aver influito sulle origini della comunione coniugale» (titolo del cap.III p.237 ss.) sarebbero state la decadenza della *patria potestas*, i provvedimenti volti ad assicurare la costituzione della dote, l'istituto della *donatio propter nuptias*, l'obbligo della convivenza (CI. 5.17.5.6 a.293; ribadito e potenziato in una costituzione del 449: CI. 5.17.8.3; cfr. Nov. 117.8 5 del 541 e CI. 5.4.11), la attribuzione al marito della direzione e amministrazione della *societas nuptiarum*, la ostilità contro il divorzio, la tutela femminile dei figli minori, la rinuncia al privilegio del S.C. velleiano (costituzione di Anastasio del 508: CI. 4.29.21).

[45] M. J. GARCIA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil I La tradición romanística* (Barcelona 1982) 2.

[46] F. PUIG PEÑA, *Comunidad de bienes entre los conyuges in Nueva Enciclopedia jurídica IV* (Barcelona 1952) 589, esprime la sistematica corrente in questa materia ponendo all'interno del *genus* "Regímenes de bienes" le *species* "comunidad universal de bienes" e "comunidad relativa" della cui ultima segnala la variante francese "comunidad de muebles y adquisiciones" e la variante castigliana "sociedad de gananciales". Anche secondo il Puig Peña, la origine del "sistema de gananciales" sarebbe nella combinazione delle tendenze comunitarie germaniche e del regime dotale romano.

[47] Si tratta specialmente della novelle 35 (di Valentiniano III nel 452) e 4 (di Maiorano nel 458) del Codex Theodosianus e della costituzione di Leone I (CJ. 5.14.9 a.468) che imponevano eguaglianza di apporti e di obblighi (dote, donazione nuziale e patti nuziali) tra coniugi (GARCIA GARRIDO, *Op.cit.* 156 s. e 159).

[48] GARCIA GARRIDO, *Op.cit.* 162.

[49] GARCIA GARRIDO, *Op.cit.* 186. Il Roguin, che distingue il regime dotale sia dal regime della comunione sia da quello della separazione dei beni, afferma che «c'est avec le régime de la communauté d'acquets que l'inaliénabilité dotale s'accorde mieux.» (E.ROGUIN, *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial* — Paris 1905 — 606).

[50] GARCIA GARRIDO, *Op.cit.* 78 nt.48. Circa la dottrina del García Garrido, v. infra, prgf. II.6.a.

[51] R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II* 16 (Leipzig 1921) 202 ss.; cfr., infra, prgf. II.1.

[52] Si rammentino gli argomenti del ripudio da parte di Spurio Carvilio Ruga (Gell. *n.A.* 4.3.1 s.; 17.21.44 Val.Max. 7.7.4 e altre fonti ove è parola di un giuramento dei cittadini innanzi ai censori «*uxorem se liberum quaerendorum gratia habiturum*»), la disponibilità da parte di Turia, in quanto sterile, a farsi ripudiare dal proprio amatissimo sposo (*Laudatio Turiae* 2.44 s.) nonché la stessa definizione Ulpiana del ius naturale in D. 1.1.1.3... *hinc descendit maris at feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*; cfr. Ulp. 3.3 *Liberorum quaerendorum causa uxorem ducere*.

Per la dottrina v. invece la definizione del matrimonio romano proposta dal Volterra (*La conception du mariage* 368 e 373).

[53] V., infra, prgf. II.6.b.

- [54] V., *infra*, prgf. II.4.
- [55] V., *infra*, prgf. II.5.a.
- [56] V., *infra*, prgf. II.6.e.
- [57] V., *infra*, prgf. II.6.d.
- [58] V., *infra*, *ibidem*.
- [59] V., *infra*, *ibidem*.
- [60] V., *infra*, prgf. II.4.
- [61] Nonché di quello, a sua imitazione regolato, dell'*actio expilatae hereditatis*; cfr., *infra*, prgf. IV.2.b.
- [62] V., *infra*, il capitolo III del presente lavoro.
- [63] V., *supra*, prgf. I.2.
- [64] Diffuso, ad esempio, in tutta la Francia <BEAUMANOIR, *Les coutumes de Beauvoisis*, I — Paris 1842 — 305> viene represso dal codice napoleonico <A.VERGA, *Le comunioni tacite familiari* — Padova 1930 — 7 ss.>.
- [65] LEBRUN, *Traité des communautés ou sociétés tacites* in appendice al *Traité de la communauté entre mari et femme* — Paris 1754 — 23 ss.
- [66] SCHUPFER, *Allodio in Digesto italiano* s.v. 456 ss.; Id., *Il diritto privato dei popoli germanici* — Roma 1907 — vol.II lib.III tit.I c.II p.72 ss.; LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde* — Milano 1899— 267; Id., *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane* — Milano 1884— 124 ss.; FUMAGALLI, *Il diritto di fraterna* — Torino 1912 — 51 ss.
- [67] Testimoniata da Cesare *De bello Gallico* 4.1; 6.22 e da Tacito 26.12.19.46; *Annali* 1.50.56; 13.57.
- [68] SALVIOLI, *Storia del diritto italiano* — Torino 1921— 400; SOLMI, *Carte volgari di Cagliari* in *Archivio italiano* — 1906— 273 ss.; Id., *Studi storici sulla Sardegna medioevale* — Cagliari 1917— 393 ss.; DI TUCCI, *Il diritto pubblico della Sardegna nel Medioevo* — Cagliari 1924— 31 ss.; LEICHT, *Note a documenti istriani di diritto privato* in *Miscellanea di studi in onore di Attilio Hortis* — Trieste 1910— vol.I 198 ss.
- [69] TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli xv e xvi* — Milano 1909 — 105 ss.; cfr. Id., *L'affratellamento* — Torino 1886— *passim*.
- [70] SALVIOLI, *Le capitalisme dans le monde antique, Essai sur l'histoire économique romaine* - Paris 1906 - 117; Id., *Storia* cit. 395 s.
- [71] M.ROBERTI, *Op. cit.* 76
- [72] V., *infra*, prgf. II.2.a.
- [73] Sul ritrovamento del Gaio cd. 'di Antinoe, v. S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica* estr. dagli *Atti e Memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere "La Colombaria"* 40 (1975) 134 ss. Sono, tuttavia 'da sempre' note le fonti letterarie: Plut. Paul.Aemil. 5; cfr. Id. *Moralia*, *perì adelfias* 2 e 20; Liv. 41.27.2; Val. Max. 4.4.8; Cic. *Verr.* 2.3.23.57; Plin. ep. 8.18.4; Quint. decl. 321; Vell.1.10.6; nonché i molti passi del *Digesto* in cui è parola di una società universale tra fratelli: *D.* 17.2.52.8; 26.7.47.6; 29.2.78; 10.2.39.3; 31.89.1; cfr. P.BONFANTE, *Note alle Pandette* del WINDSCHEID, VI 170.
- [74] VERGA, *Op.cit.* 14.
- [75] M.G. BIANCHINI, *Studi sulla società* (Milano 1967) 112.  
Sul nesso *consortium* — *societas* molto è stato scritto; cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli 1950) 19 ss. e, recentemente, L. GUTIERREZ MASSON, *Del 'consortium' a la 'societas' I 'Consortium ercto non cito'* (Madrid 1987) *passim*, in particolare 144 ss. Ivi anche riferimenti alla dottrina pregressa.