

Giovanni Lobrano
“Uxor quodammodo domina”
Riflessioni su Paul. D. 25.2.1
Sassari 1989

Cap. III

**APERTURE E LIMITI DELLA DOTTRINA ROMANISTICA
 CONTEMPORANEA SU SOCIETA' E (CON)DOMINIO CONIUGALI**

SOMMARIO: 1. La sequenza delle diverse tesi sulla origine della *actio rerum amotarum*. a. Paul. D. 25.2.1 e il problema della 'comunione domestica' nel Diritto romano. b. La tesi della *societas coniugalis*, sebbene soltanto 'religiosa' (Tigerström, Bechmann). c. La tesi della "copropriété" della *uxor loco filiae* e, quindi, *heres sua* nel matrimonio *cd. cum manu* (Czyhlarz, Esmein, Pampaloni, Zanzucchi). d. La tesi della "Dosgemeinschaft" nel matrimonio *cd. sine manu* (Levy). e. La tesi della "faktische Vermögensgemeinschaft" nel matrimonio *cd. sine manu* (Wacke). f. Le critiche alla tesi della "faktische Vermögensgemeinschaft" e il ritorno alla tesi della origine della *actio rerum amotarum* nello *status di loco filiae* della *uxor* nel matrimonio *cd. cum manu* (Burdese, Guarino). 2. Una critica complessiva. a. Nucleo comune, al di là delle differenziazioni, della odierna dottrina su Paul. D. 25.2.1. b. Inserimento nella opinione di Nerva-Cassio di elementi della opinione di Sabino-Proculo e viceversa. c. Affermazione della determinante influenza, sulla definizione del regime delle *amotiones* tra coniugi, dell'imporsi di una nuova opinione giurisprudenziale che ammette una fattispecie di furto sprovvista di *actio*. d. Irrilevanza e contraddizione interna della opinione di Nerva-Cassio? e. Oppure: illogicità della contrapposizione (nella ricostruzione proposta da Paolo) delle opinioni di Nerva - Cassio e di Sabino-Proculo?

[p. 113]

1. La sequenza delle diverse tesi sulla origine della *actio rerum amotarum*

a. Paul. D. 25.2.1 e il problema della 'comunione domestica' nel Diritto romano

Paul. ad Sab. 7 Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam faceret, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.

Si tratta di un passo fondamentale nella materia della 'comunione domestica', di quella entità per la quale il *dominium* sarebbe dal *pater* con-diviso con altri componenti la *familia*, *fili* e *uxor*. Come si è visto, di tale entità si trovano nelle fonti letterarie e giuridiche svariati, diretti richiami, riferimenti e attestazioni i quali appaiono però non soltanto urtare contro il principio e il connesso regime della esclusiva capacità paterna di titolarità e amministrazione dei beni patrimoniali, ma anche essere o, quanto meno, sembrare elusivi sul piano delle dirette conseguenze funzionali dei principi da essi stessi affermati.

E' proprio in questa ultima caratteristica delle nostre fonti che risiede la tutt'affatto speciale ragione della rilevanza di Paul D. 25.2.1: in tale passo,

dal principio che la *uxor* è *quodammodo domina* dei beni del marito in quanto sua *socia vitae*, alcuni giuristi fanno con ogni evidenza discendere la conseguenza funzionale o di regime per cui *uxor furtum non facit*; anzi, l'ordine logico del discorso di Nerva-Cassio parte, nel passo in esame, addirittura dalla osservazione del regime (la non esperibilità di *actio furti* nei confronti della *uxor*) per cercarne quindi la giustificazione nel principio della *societas* e del, connesso, condominio tra coniugi. Paul. *D.* 25.2.1 si presenta per tanto come naturale punto di partenza per la ricerca e lo studio circa la esistenza (e, quindi, le forme) della ipotetica 'comunione domestica', prospettandone inoltre immediatamente una immagine 'nuova' per la specificità che, sotto il profilo del fondamento e sotto il profilo del contenuto, appare in esso attribuita allo *status* di *quodammodo domina* della *uxor*, anche *in manu*, rispetto a quello dei *fili familias*[1].

Paul. *D.* 25.2.1 è però anche uno di quei testi particolarmente noti per essersene più volte interessata la dottrina contemporanea. Le interpretazioni sin'ora propostene convergono – sebbene nelle reciproche differenze – nella tendenza a svuotare il passo in esame delle implicazioni dogmatico-sistematiche, che pure appaiono ovvie, facendone un testo che contiene opinioni o giuridicamente inconsistenti o proposte in maniera confusa e contraddittoria.

I problemi direttamente o indirettamente connessi alla interpretazione di Paul. *D.* 25.2.1 sono svariati[2], ma – come intuibile – la fonte principale di

difficoltà ad una sua lettura non corrosiva è stata posta alla dottrina contemporanea sopra tutto dalla opinione, che Paolo attribuisce a Nerva-Cassio (opinione considerata sia in sé, sia nel suo rapporto con la opinione da Paolo attribuita invece a Sabino-Procuro), che *uxor furtum non facit quia societas vitae eam quodammodo dominam facit*.

Si tratta, infatti, di una formula che contrasta con i principi che correntemente si affermano governare il regime matrimoniale romano, quello 'classico' in particolare.

Tuttavia, la opinione di Nerva-Cassio ha generalmente 'forzato' – è il caso di dire – gli autori che, studiando la *actio rerum amotarum*, hanno dovuto interessarsene. Così, pure professando essi sempre quei 'principi' ora richiamati, forse in nessuna altra materia istituzionale si trova presso la dottrina romanistica una altrettale sequenza di aperture alla esistenza e rilevanza della *societas coniugalis* e del connesso "condominio". Quindi, la stessa dottrina contemporanea su Paul. *D.* 25.2.1 concorre – specie se esaminata nel complesso di un congruo arco temporale – a fornire una immagine del regime (anche) patrimoniale del matrimonio romano, tutto sommato, abbastanza provocatoria rispetto agli schemi dominanti[3].

Credo dunque si possa legittimamente avanzare la ipotesi che Paul. *D.* 25.2.1, proprio in quanto conserva la opinione di Nerva-Cassio (nel suo contrasto con quella di Sabino-Procuro) possa rivelarsi (ove si provi a sospendere, nella sua lettura, la applicazione di contrari giudizi dogmatico-sistematici, che potrebbero infine rivelarsi 'pre'-giudizi) un testo che esprime in maniera tutto sommato limpida ed efficace, sebbene 'di scorcio', opinioni giurisprudenziali estremamente interessanti e preziose, un testo-chiave per avviarsi a intendere, partendo dal rapporto – anche – patrimoniale tra coniugi, i diversi regimi della organizzazione familiare romana e, più in generale, gli *status personarum* che a quella organizzazione sono riferiti ma che hanno un valore assoluto o che, comunque, quella organizzazione trascendono.

La verifica della fondatezza di questa affermazione postula dunque in avvio una ricognizione chiara – per quanto sintetica – della moderna dottrina su Paul. *D.* 25.2.1 che valga per un verso a cogliere e valorizzare i fermenti critici e, per altro verso, a verificare la possibilità di liberarci dalla sua altrimenti inibente ipotesi.

b. La tesi della *societas coniugalis*, sebbene soltanto 'religiosa' (Tigerström, Bechmann)

La nozione storico-dogmatica della *actio rerum amotarum* propria alla romanistica dell'inizio del secolo scorso può essere ravvisata nella esposizione che ne fa (1832) il Tigerström nel suo trattato di diritto dotale[4]. Secondo il Tigerström, la origine (pretoria?) della *actio rerum amotarum* sarebbe da collocare anche cronologicamente tra Nerva-Cassio e Sabino-Proculo. Nel tempo necessario, cioè, a passare dal prevalere della opinione che la *societas vitae coniugale* impedisse di concepire il furto a danno del marito da parte della *uxor* – conseguentemente escludendo ogni ipotesi sia di *actio furti* sia di *condictio furtiva* – al prevalere della opinione che tale furto fosse possibile ma che, tuttavia, le infamanti azioni di furto non si dovessero dare al fine di tutelare l'*honor matrimonii*, con quelle incompatibile. La introduzione della *actio rerum amotarum* ("*condictio furtiva* in forma raddolcita", "*actio reipersecutoria* sebbene nasca da un delitto")[5] sarebbe seguita a tale seconda opinione[6] per i soli furti commessi in vista di un

[p. 118]

divorzio poi realmente avvenuto[7]. La *retentio propter res amotas* avrebbe costituito di quella azione, per così dire, il bozzolo, ciò che spiega – a detta del Tigerström – perché inizialmente l'esercizio di quella azione fosse concesso soltanto al marito; successivamente però (già in epoca 'classica') la iniziativa della *actio rerum motarum* sarebbe stata riconosciuta anche alla moglie, alle stesse condizioni[8]. Occorre

[p. 119]

sottolineare che, secondo il Tigerström, la *societas vitae* coniugale in forza della quale alcuni giuristi romani escludevano la ipotesi del furto da parte della *uxor* sarebbe stata (la *contradictio in adiecto* del Tigerström mi appare qui evidente) "intesa in senso non giuridico ma religioso"[9] e che, sempre secondo questa concezione, è l'*honor matrimonii* il sostrato del *constitutum ius* di cui parla Paolo[10].

La dottrina che abbiamo visto nella esposizione del Tigerström risulta sostanzialmente confermata, circa 30 anni dopo, nel trattato di diritto dotale del Bechmann[11]. In questo troviamo tuttavia qualche importante 'precisazione'. La *actio rerum amotarum* sarebbe, sì, di recente origine, collocandosi nella epoca del conflitto di opinioni tra Nerva-Cassio e Sabino-Proculo, ma «come compromesso tra le due opposte opinioni». Nerva-Cassio infatti – secondo il Bechmann – avrebbero negato soltanto la esistenza del concetto civilistico di furto della *uxor* a danno del marito (e anche qui vale il rilievo, già fatto a proposito della dottrina del Tigeström, del carattere intrinsecamente, formalmente giuridico, ad onta delle negazioni, della *societas vitae* coniugale secondo queste ricostruzioni) ma anche questi giuristi avrebbero riconosciuto la sostanziale illiceità dal punto di vista del *bonum et aequum* delle *amotiones* intraconiugali. A esse si sarebbe quindi ovviato forgiando l'apposito (*singulare*) *iudicium* delle *res amotae* nonché,

[p. 120]

già prima, con il ricorso agli strumenti dell'*aequius melius* in occasione della richiesta di restituzione delle cose dotali. Anche dal Bechman troviamo ribadito che "l'*actio rerum amotarum* è uno sviluppo formale e materiale della ritenzione"[12].

[p.121]

c. La tesi della "copropriété" della *uxor loco filiae* e, quindi, *heres sua* nel matrimonio *cd. cum manu* (Czyhlarz, Esmein, Pampaloni, Zanzucchi)

Presso un altro specialista di diritto dotale, lo Czyhlarz, il discorso sull'istituto della *actio rerum amotarum* è quindi semplificato in termini dogmatici, a scapito della sua componente di ermeneutica in chiave storica[13].

«Se la donna ha sottratto alcunché a suo marito durante il matrimonio, ciò è senza dubbio materialmente un furto; tuttavia la *actio furti* non veniva concessa a causa del suo carattere penale e infamante inconciliabile con l'onore del matrimonio. Di queste sottrazioni l'uomo poteva rifarsi inizialmente soltanto sulla *dos* con il sistema della *retentio*. Questo rimedio giuridico era efficace fintanto che la totalità dei beni della donna ricadevano come dote in potere dell'uomo. Quando non fu più così e furono anche possibili sottrazioni da parte dell'uomo a danno della moglie, la *retentio* non fu più sufficiente e venne creata una speciale azione da delitto per il coniuge derubato contro l'altro»[14].

In una nota però lo Czyhlarz introduce – proprio sul piano della storia dell'istituto – elementi di novità che dovevano poi trovare ampi sviluppi: «Questa è la spiegazione che si trova presso i giuristi classici per la inespugnabilità della *actio furti*: "*nam in honorem matrimonii turpis actio non datur*" (Gai. *D.* 25.2.2). Oltre a ciò si trovano tracce di una più antica opinione (Sabino e Proculo) che riconducono la

[p. 122]

giuridica inespugnabilità della *actio furti* ai rapporti tra *filia familias* e titolare della *potestas*. Quest'ultima opinione è valida soltanto per il *matrimonium cum manu*. Con il venire meno della *manus* si dovette cercare un'altra spiegazione della inespugnabilità della *actio furti* e fu trovata nell'*honor matrimonii* (cfr. *D.* 25.2.1).»

Con ciò lo Czyhlarz sposta la questione del sorgere della *actio rerum amotarum* dal dibattito giurisprudenziale tra Nerva-Cassio e Sabino-Proculo al passaggio dal regime matrimoniale *cum manu* al regime matrimoniale *sine manu*. La opinione di Nerva-Cassio che "*uxor furtum non facit quia societas vitae eam quodammodo dominam facit*" neppure è menzionata.

L'elemento che, nella dottrina sulla *actio rerum amotarum* secondo lo Czyhlarz, costituisce ancora soltanto materia per una nota diviene il fulcro della trattazione dello stesso istituto da parte dello Esmein[15], così che a questi ne viene attribuita 'tout court' la paternità[16].

[p. 123]

«Ces motifs <di introduzione della *actio rerum amotarum* secondo Paul. *D.* 25.2.1>, appliqués à la situation de la femme dans le mariage libre – scrive l'Esmein –, ne sont plus que de considérations morales. Appliqués au contraire à celle de la femme in manu, ils reprennent leur précision juridique. Tous convenaient que la *actio furti* ne pouvait être intentée contre la femme. L'épouse dont il s'agit ne peut voler son mari, disaient Nerva et Cassius, car elle est en quelque sorte copropriétaire des biens de son époux: cela ne convient-il pas à merveille à la femme *in manu*, *heres sua* de son mari? D'autres jurisconsultes, Sabinus, Proculus, Julien, comparaient cette épouse à une *filia familias*: elle peut bien, disaient - ils, voler son conjoint, comme la *filia familias* peut voler son père, mais l'action *furti* ne naît point contre elle: cela ne s'applique-t-il pas, au pied de la lettre, à la femme *in manu*, qui, pour son mari, est *loco filiae*?»[17].

La *actio rerum amotarum*, che si sarebbe in origine applicata soltanto al matrimonio cd. *cum manu* (restando i furti tra coniugi del matrimonio *sine manu* perseguibili in forma ordinaria: cioè con la *actio furti*), si sarebbe quindi, con il tempo, estesa anche al matrimonio cd. *sine manu*. «Mais les motifs sur lesquels s'appuya cette application nouvelle de l'action différent profondément de ceux qui soutenaient l'ancienne: "*In honorem matrimonii, nous dit Gaius*"»[18].

[p. 124]

In effetti, si deve all'Esmein uno sviluppo importante -per quanto implicito- del discorso dello Czyhlarz: il richiamo al, la sottolineatura – anzi – del con-dominio ("copropriété") tra marito e moglie come causa prima del sorgere della *actio rerum amotarum*. Registriamo così il passaggio, nella dottrina, della imputazione del con-dominio coniugale dalla *societas vitae* tra marito e moglie al rapporto filiale (e, quindi, di *heres sua*) della *uxor in manu* nei confronti del marito. Ciò comporta (anche questo è implicito e lo ho rimarcato nel discorso dello Czyhlarz) una certa 'confusione' tra le opposte opinioni di Nerva – Cassio e Sabino – Proculo (almeno come formulate da

Paolo). Si tratta di una impostazione destinata, come vedremo, a notevole fortuna.

Il nuovo orientamento trova più matura formulazione presso un romanista italiano, M. Pampaloni[19]. Nella sua ricostruzione di natura e disciplina della *actio rerum amotarum*, punto di partenza è proprio la distinzione tra il regime del matrimonio cd. *cum manu* e il regime del matrimonio cd. *sine manu* in materia patrimoniale, sotto i profili sostanziale e processuale, con particolare riferimento a possibilità e conseguenze del furto fra coniugi. Nel matrimonio cd. *cum manu* – secondo il Pampaloni – non era possibile la *actio furti* in quanto le persone *in potestate* non hanno capacità patrimoniale. Il marito *constante matrimonio* neppure poteva commettere furto a danno della moglie e se l'avesse commesso prima del matrimonio con il subentrare di questo si estingueva l'azione; la moglie invece poteva commettere furto anche *constante matrimonio* ma non poteva essere convenuta con la *actio furti*;

[p. 125]

anche la conservazione della refurtiva da parte della moglie dopo un eventuale ripudio non comportava *actio furti* dal momento che il Diritto romano antico conosceva solo il cd. furto proprio (per ciò si crea *ab antiquo* la *retentio dotis ob res amotas*)[20]. Nel *matrimonium* cd. *sine manu* era possibile furto e azione di furto fra coniugi[21]. Il pretore che nelle azioni edittali ha sempre comprese ambedue le forme di matrimonio crea una azione (*actio rerum amotarum*) *adversus eam quae uxor fuit* nel caso speciale che il furto avvenisse *divortii causa* e il matrimonio fosse poi sciolto per divorzio[22]. La *actio rerum amotarum* era una azione penale diretta al doppio del valore (*duplum*) dell'oggetto rubato[23]. Era anche azione nossale a riguardo delle persone *in potestate*: il diritto giustiniano ne fa un'azione di peculio[24]. Particolarmente significativa è, per noi, la trattazione della opinione di Nerva e Cassio: questi riterrebbero che il pretore, avendo considerato come delitto speciale un caso particolare di furto fra coniugi (*divortii causa*), avesse implicitamente escluso il furto in tutti gli altri casi; «L'espressione *quia societas vitae etc.* non mi appare concludente» chiosa quindi con notevole – ma non eccezionale – disinvoltura il Pampaloni[25]. Nerva-Cassio e i loro seguaci escludono

[p. 126]

pertanto anche la *condictio furtiva* ammettendo soltanto una *condictio non ex delicto* per semplice arricchimento. Secondo i compilatori delle *Pandette* se un coniuge sottrae una cosa all'altro commette furto: ma *constituto iure* sono escluse in massima ambedue le azioni da furto, oltre la speciale *actio rerum amotarum* non si dà per il furto fra coniugi che una *condictio non ex delicto*[26]. I compilatori del *Codice* consentono una speciale *actio in factum de damno*[27]. Esclusa di regola (in diritto giustiniano) la *condictio furtiva* fra coniugi, i compilatori ne eliminarono il ricordo dai passi classici[28]. Il Pampaloni spiega infine perché i compilatori hanno fatto della *actio rerum amotarum* una azione meramente reipersecutoria: in 'diritto classico' sulla scorta della unica disposizione pretoria (introduzione della *actio rerum amotarum*) la giurisprudenza esclude in conseguenza l'*actio furti* e, per analogia, l'*actio expilatae hereditatis* e «probabilmente tutte le azioni *ex delicto* famose». I compilatori andarono oltre escludendo tutte le azioni penali[29].

[p. 127]

La apodittica formula di liquidazione della *societas vitae* coniugale con le conseguenti affermazioni del carattere penale dell'azione *rerum amotarum* e della distinzione (che comincia a prendere corpo presso questo autore) tra 'classici' (sostanzialmente Sabino-Proculo con i loro seguaci) e giustiniani in materia di *actio rerum amotarum* e, più in generale, di matrimonio, sono gli elementi della ricostruzione del Pampaloni nei quali possono intravedersi i prodromi della dottrina dello Zanzucchi.

Il punto di forza della dottrina dello Zanzucchi[30] è concordemente visto appunto nella distinzione che questi opera con vigore tra concezione 'classica' e concezione giustiniana della *actio rerum amotarum*. In particolare lo Zanzucchi afferma essere proprio soltanto a questa ultima concezione la idea dell'obbligo giuridico

di *reverentia* tra coniugi e, quindi, il richiamo ad esso come argomento per escludere la esperibilità di azioni di furto e, in genere, di azioni infamanti tra marito e moglie. Il *constitutum ius* dei giuristi 'classici', oramai sganciato dal principio dell'*honor matrimonii*, è soltanto la forma di sopravvivenza, nel *matrimonium* cd. *sine manu*, della "signoria di fatto" della *uxor* sui beni del marito, "signoria di fatto" invece propria, *natura rei*, al regime del *matrimonium* cd. *cum manu*. «Per i classici» scrive lo Zanzucchi[31] «si tratta di ciò che

[p. 128]

non esiste neppure furto o quanto meno l'azione non nasce per le sottrazioni commesse dalla moglie prevalendosi di questa sua qualità. - Per Giustiniano si tratta di un divieto di esercitare l'*actio furti* in costanza di matrimonio. I primi escludono l'azione con riguardo al momento in cui fu commesso il reato. - Il secondo esclude l'azione con riguardo al momento in cui essa si esercita.» Secondo i classici «a base della esclusione dell'*actio furti* sta la posizione di signora di fatto in cui si trova la donna rispetto ai beni del marito»[32]. Per sopperire ai casi più gravi di mancanza di *actio furti* (*amotiones* commesse in vista del divorzio) a divorzio avvenuto si dava l'*actio rerum amotarum*, la quale ha natura penale, come sostiene il Pampaloni: "era un'azione diretta a perseguire una *poena* e non la *res*"[33]. Nel 'diritto classico' la *actio furti* non era esclusa contro il marito, ma soltanto contro la moglie: «contro il marito non c'era bisogno di questo *iudicium singulare*, perché contro di lui non era negata l'*actio furti*»[34]. Al contrario Giustiniano concepisce l'esclusione dell'*actio furti* come un divieto di esercitare l'azione in costanza di matrimonio; invocando la *reverentia personarum* e compiendo le necessarie interpolazioni elimina i casi in cui nel 'diritto classico' il marito poteva convenire di furto la moglie; considera la *actio rerum amotarum*

[p. 129]

non più volta a perseguire penalmente il reo ma soltanto a ottenere il risarcimento e - per tanto - compatibile con la *reverentia personarum*, l'*honor* e il *pudor matrimonii*.

La disputa circa la giustificazione del diniego dell'*actio furti* (Paul. *D.* 25.2.1) lo rivela «un'eredità» di altri tempi, un prodotto di antichi principi cui nel corso dell'evoluzione storica è venuta mancando la base»: il diniego deve essere sorto nei matrimoni cd. *cum manu*. [35] Sulle persone che facevano parte del consorzio familiare: *liberi (filii familias, uxores in manu)*, *servi* e persone in *mancipium* o in condizione varia di sudditanza (*liberti, clienti, mercennarii*) il *pater familias* aveva il diritto-dovere di esercitare una potestà di correzione che escludeva il ricorso ai magistrati della città (Ulp. *D.* 47.2.17). Tale ampio organismo familiare andò disgregandosi, in luogo del matrimonio cd. *cum manu* si affermò il matrimonio libero ma restò il principio che non c'è *actio furti* contro *liberti, clienti e mercennarii* (*D.* 47.2.90) e la moglie continua a essere menzionata in ordine alla esclusione dell'*actio furti* assieme a *filii familias* e *servi* (Ulp. *D.* 47.2.36)[36]. La opinione di Nerva-Cassio (i quali, secondo la logica del romanista italiano e dei suoi *auctores* Esmein e Pampaloni, sarebbero gli epigoni, in epoca di oramai diffuso matrimonio cd. *sine manu*, di concezioni proprie al matrimonio cd. *cum manu*) urta e si infrange contro gli orientamenti della 'migliore' giurisprudenza (Sabino-Proculo etc.) a riconoscere alle sottrazioni compiute dalle persone *in potestate* (*servi* e figli di famiglia)

[p. 130]

natura di furto, sia pure non 'azionabile', al fine di tutelare più efficacemente padroni e padri di famiglia *derubati*[37]. La prevalente giurisprudenza riconosce però di trovarsi di fronte a una mera sopravvivenza storica (*ius constitum*) cui manca oramai un fondamento razionale (*natura rei*): Sabino, Proculo, Giuliano, Paolo[38].

[p. 131]

d. La tesi della "Dosgemeinschaft" nel matrimonio cd. *sine manu* (Levy)

Una volta eliminato (o meglio: attribuito a Giustiniano) l'argomento della

reverentia tra coniugi, si consolida il richiamo al condominio come spiegazione della mancanza della azione di furto tra coniugi in epoca 'classica' e 'pre-classica'. Anche il Levy (che pure è, su una serie di punti, polemico con le tesi di Esmein, Pampaloni e Zanzucchi) si muove in questo ordine di idee; soltanto che tale condominio ("Vermögensgemeinschaft") coniugale è visto in riferimento non al regime patrimoniale del matrimonio cd. *cum manu* ma al regime della *dos*.

La specificità del contributo del Levy alla materia della *actio rerum amotarum* prende le mosse dal rifiuto della «dottrina (cresciuta in Francia e in Italia) che trova le radici della nostra azione sul terreno del *matrimonium cum manu*»[39]. I giuristi che parlano della *actio rerum amotarum* vivono in epoca di dominante matrimonio cd. *sine manu* né si fa rinvio ai *veteres*. La considerazione di Nerva e Cassio (fr.1) si applica altrettanto bene alle due forme di matrimonio. «Per la opinione dominante degli *alii*, la *filia familias* è soltanto un termine di paragone»: se la figlia commette furto ai danni del padre non nasce alcuna azione (Gai.4.78) e anche se la moglie *in manu in alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipsa neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest (ibidem)*.

In positivo la attenzione del Levy si posa sul fatto che «Mentre i classici scorgevano la *actio rerum amotarum* soltanto se la sottrazione avesse avuto luogo

[p. 132]

divortii causa e fosse quindi seguito il divorzio, lasciando al di fuori di questo ambito il *furti agere*, cioè la *actio furti* più la *condictio furtiva*, Triboniano confonde i terreni di applicazione della *actio rerum amotarum*; egli pensa semplicemente al generale rapporto tra marito e moglie, tra i quali può sempre avere luogo la *condictio furtiva* e mai la *actio furti*. A tal fine è introdotta la seconda frase in C. 5.21.2 e altre sono interpolate»[40]. E' in primo luogo «Tale indifferenza di Giustiniano verso la specificità giuridica della *actio rerum amotarum*» che conduce il Levy a ritenere «che la *actio rerum amotarum* debba la propria nascita a un pensiero giuridico che non aveva più valore nel diritto coniugale giustiniano» e a posare quindi «lo sguardo sul diritto dotale»[41]: «In un matrimonio in cui si profilava il divorzio non poteva naturalmente regnare più nessuna mutua fiducia tra gli sposi. In particolare, la donna, la cui dote si trovava nelle mani e nella proprietà del marito, poteva alimentare dubbi magari fondati a che il marito -nel caso che il divorzio seguisse- fosse disposto a restituire la dote o che la azione al servizio della separazione (*ex stipulatu, rei uxoriae*) sarebbe stata accolta senza raggiri. Così ella poteva, sia che ella stessa intendesse dichiarare il divorzio sia che se lo attendesse da parte del marito, facilmente ricorrere al 'far da sé' appropriandosi delle cose dotali o (nel caso che la dote fosse stata ordinata sotto *taxatio* e, forse, per sicurezza, anche altrimenti) di altre parti del patrimonio dell'uomo.

[p. 133]

Nel caso che il divorzio si fosse poi verificato e che la dote fosse stata restituita, emergeva necessariamente il problema se la donna si fosse resa responsabile di furto e se fosse possibile contro di lei una azione di furto. Probabilmente in conseguenza della opinione (anche altrimenti dimostrabile) che in un certo senso la donna fosse rimasta proprietaria della dote ... si poteva giungere (Nerva e Cassio) alla concezione di una certa 'Vermögensgemeinschaft' degli sposi e da ciò negare la sussunzione <della *amotiones uxoriae*> nel concetto di furto. D'altra parte una simile maniera di pensare non ottenne un fermo consenso giurisprudenziale: dal punto di vista del diritto, la dote ... era proprietà del solo uomo, e un comportamento della donna come quello appena descritto era per ciò da considerarsi furto. La rigida conseguenza giuridica avrebbe comportato una applicazione della *actio furti*. Ma una riflessione di tipo analogico lo impedì. Come nel caso di un furto eseguito dal *filius familias* contro il padre la *natura rei* impediva la *actio furti* a vantaggio del tribunale domestico e la *condictio* doveva fare luogo al regime del *peculio*, così contro quel furto della donna si stabilì (per consuetudine) il principio che contro di lei non si poteva agire *furti* (né penalmente né reipersecutoriamente)»[42].

[p. 134]

Come si vede, il ragionamento del Levy appare esitare e oscillare tra il richiamo alla idea del condominio coniugale, per quanto limitato alla dote, e il principio che giuridicamente la dote è proprietà del solo uomo: «Secondo la opinione dominante, la donna commetteva furto come il creditore che *rem clam abstulisset al debitore*. Ma la opinione, la quale negava la *actio furti* per mancanza di interesse poiché il creditore *suum recepisset* <D. 47.2.60; D. 47.2.15.2> dovette trovare accoglienza anche perché era insopprimibile l'idea di una qualche (*quodammodo*) 'Dosgemeinschaft' durante il matrimonio.»[43] La specifica *actio rerum amotarum*, per quanto caratterizzata dalle «stesse conseguenze giuridiche che la *condictio furtiva* avrebbe prodotto laddove fosse stata praticabile», sarebbe nata non perché, secondo la coscienza giuridica dei Romani, la donna commetteva furto ma perché quella stessa coscienza non tollerava che alcuno si facesse ragione da sé[44].

Non sono chiarissimi, nella costruzione del Levy, i termini del passaggio <già in epoca pre-giustiniana?>[45] della applicazione della *actio rerum amotarum* dalle sole *amotiones* dotali alle *amotiones* in generale. In ogni caso, per i giuristi giustiniani «il diritto classico di questa *actio*, fintanto che esso

[p. 135]

riguardava le cose dotali, era decisamente inapplicabile, poiché di queste la donna otteneva una quasi-proprietà al momento della separazione, ciò che doveva escludere ogni idea di furto e la stessa *actio rerum amotarum*. Triboniano (come egli dice direttamente per bocca di Gaio in D. 25.2.26) trattò la azione come una vera *condictio furtiva*; che la *actio rerum amotarum* non sia stata fatta sparire dipende molto probabilmente soltanto dal fatto che il nome del *furtum* gli appariva contrastare con la idea della *reverentia personarum*»[46].

La costruzione del Levy non appare imporsi nella dottrina romanistica successiva. Il Perozzi -ad esempio- che, pochi anni dopo, dà, nel suo manuale di *Istituzioni*, ampio spazio alla trattazione della *actio rerum amotarum*, continua ad accogliere la tesi della origine dal regime del matrimonio cd. *cum manu* dell'istituto nella formulazione dello Zanzucchi (che possiamo considerare 'dominante'), con aperture però verso la rilevanza nel matrimonio cd. *sine manu* del "comportamento pratico da quasi condomina delle cose maritali" da parte femminile, ciò che sembra anticipare la tesi poi sviluppata dal Wacke[47]. Autori più recenti,

[p. 136]

come il Longo[48] e il Marrone[49], si tengono invece prudentemente in superficie, senza affrontare le questioni

[p. 137]

di origine né, tentare, quindi, di dare spiegazione della controversia giurisprudenziale su di esse impiantata.

[p. 138]

e. La tesi della "faktische Vermögensgemeinschaft" nel matrimonio cd. *sine manu* (Wacke)

Nel 1963 il Wacke dedica all'istituto della *actio rerum amotarum* una monografia, nella quale uno spazio importante è ancora attribuito alla questione della sua origine, anche per i riflessi sulla ricostruzione del connesso regime.

La interessante costruzione del Wacke in materia di esperibilità della *actio furti* e della stessa possibilità di sussistenza della fattispecie del *furtum* tra coniugi, nel cui contesto si colloca la interpretazione di Paul. D. 25.2.1, è la seguente.

Nel *matrimonium* cd. *cum manu*, tra la *uxor*, che si trova *loco filiae* all'interno della stessa *potestas* del marito, e questo ultimo non può sorgere alcuna *obligatio* (né *ex contractu* né *ex delicto*) né - ovviamente - alcuna legittimazione ad azioni processuali di qualsivoglia natura: così come tra tutte le altre persone che si trovano all'interno di una stessa *potestas*, *pater familias*, *fili familias*, *servi*. [50]

Il Wacke si chiede tuttavia, riprendendo la tesi della sopravveniente (rispetto a Nerva) opinione sabiniana della configurabilità del *furtum* senza che sorga la *actio* corrispondente[51], come mai tale opinione, discussa per la *uxor* (Cassio, Pedio)[52], sia stata, invece, pacificamente accolta dalla giurisprudenza romana per *filiis familiarum* e *servi*: in ciò subito scorgendo una manifestazione della particolarità rispetto a costoro della posizione della *uxor* nella specifica materia.

La inespugnabilità della *actio furti* nel *matrimonium* cd. *sine manu*, che non si spiega in termini di tutela dell'*honor matrimonii*, neppure sarebbe dunque una "sopravvivenza oramai destituita di fondamento razionale" del regime matrimoniale c.d. *cum manu* precedentemente diffuso. Il Wacke respinge anche la tesi del Levy affermando che in occasione della *actio rerum amotarum* non veniva affatto in esame se la donna avesse sottratto beni dotali o altri beni del marito, anzi tale *actio* avrebbe avuto significato pratico sopra tutto in occasione di sottrazioni di cose non dotali.[53] Il fondamento della inespugnabilità della *actio furti* tra coniugi non collocati all'interno di una unica *potestas* e, quindi, del sorgere della *actio rerum amotarum* consisterebbe invece nel "consolidato

costume giuridico" (= *constituito iure*) delle concezioni, proprie (ancora?) alla epoca 'classica', del *matrimonium* (anche?) cd. *sine manu* come "faktische Vermögensgemeinschaft": allo stesso modo – a un di presso – di quanto avviene per i *domestica furta* operati dal *cliens*, dal *libertus* e dal *mercennarius* (durante la residenza di costoro nella *domus* del *patronus* o del *conductor*) e contro i quali pure non vi ha *actio furti*[54].

In ogni caso e ovviamente, tale fondamento non sarebbe proprio alla logica del rapporto potestativo instaurato nel *matrimonium* cd. *cum manu*. Gli argomenti addotti sono – come si è visto – sostanzialmente due. Sarebbe inspiegabile la sola sopravvivenza, nel *matrimonium* cd. *sine manu*, della inespugnabilità della sola *actio furti* tra tutte le azioni già egualmente inespugnabili nel *matrimonium* cd. *cum manu*: tra persone, cioè, all'interno di una stessa *potestas*. Inoltre la *actio furti* è inespugnabile anche nei confronti di persone che il Wacke afferma essere non *in potestate* ma soltanto in uno stretto rapporto domestico (di coabitazione) con il derubato.

A ciò si riconnette, come altra faccia di una medesima medaglia, la idea del Wacke che la *societas vitae* tra coniugi con il connesso (con)dominio della *uxor* abbia una natura meramente fattuale, anche se sono da lui in proposito richiamati altri, specifici argomenti: il rescritto di Diocleziano contro la prassi provinciale del condominio tra coniugi[55] e, per

converso, la sussistenza – almeno secondo Sabino – e del *furtum* e della *actio furti* fra i 'veri' condomini, ovverosia tra le parti di un contratto di *societas*[56].

Non è per altro completamente chiarito dal Wacke se tale particolarità dello stato della *uxor* già rilevasse o potesse comunque – in qualche modo – rilevare anche nel matrimonio cd. *cum manu*. Appare però dal complesso del suo discorso che si debba rispondere negativamente: la particolarità del rapporto tra coniugi verrebbe in rilievo soltanto nel *matrimonium* cd. *sine manu*, quando cioè quel rapporto assume autonomia rispetto al rapporto potestativo nel cui schema la condizione della *uxor loco filiae* era livellata a quella della più generale categoria delle *personae* in *aliena potestate*.

Di certo il Wacke ritiene che lo *status* – di fatto – di *quodammodo domina*, attribuito alla *uxor* dalla *societas vitae* - intesa come con-vivenza - con il marito, costituisca l'unico comune fondamento sia della opinione giurisprudenziale della esclusione del *furtum*, sia della opposta opinione giurisprudenziale della sola esclusione della *actio furti* nei rapporti fra coniugi in (epoca di) *matrimonium* cd. *sine manu*.

Il contrasto tra Nerva-Cassio e Sabino-Proculo, pure a proposito della realizzabilità o meno della fattispecie del *furtum* tra coniugi (non vi è infatti discussione sul non insorgere comunque della legittimazione ad *agire furti*),

concernerebbe dunque soltanto la applicabilità ai rapporti tra *vir* e *uxor* della più generale (e "più evoluta") opinione (di Sabino?) circa la possibilità (che riguarda sopra tutto i rapporti tra persone all'interno di una stessa *potestas*) di concepire la sussistenza della fattispecie

[p. 142]

del *furtum* senza necessariamente riconnetterle l'insorgere della legittimazione ad *agire furti*, ovverossia circa la possibilità di affermare la esistenza del *furtum* pure di fronte alla non insorgenza della legittimazione ad *agire furti*.

In altri termini, Sabino-Procuro non soltanto non contesterebbero che la *uxor* (anche) non *in manu sia quodammodo domina* dei beni del marito in quanto sua *socia vitae* (così come affermato da Nerva-Cassio): anzi tale *societas* (la quale, in quanto di mero fatto, non avrebbe '*natura rei*'[57] conseguenze giuridiche) costituirebbe il fondamento e la spiegazione di quel *constitutum ius* (richiamato proprio da Sabino-Procuro come – sempre secondo il Wacke – un *ius moribus constitutum*) che inibisce la *actio furti* contro la *uxor* e, in genere, tra coniugi. Restando con ciò circoscritto il dissenso tra le due coppie di giurisperiti alla sola questione se, con la *actio furti*, questo *constitutum ius* (fondato sul presupposto di fatto della *societas vitae*) escludesse (meglio, poiché parliamo di opinioni, dovesse escludere) anche la fattispecie del *furtum* così Nerva-Cassio) oppure no (così Sabino-Procuro).

[p. 143]

f. Le critiche alla tesi della "faktische Vermögensgemeinschaft" e il ritorno alla tesi della origine della *actio rerum amotarum* nello *status di loco filiae* della *uxor* nel matrimonio *cd. cum manu* (Burdese, Guarino)

Nel dibattito che ha fatto séguito allo studio del Wacke, punto "centrale"[58] nonché il pi- innovativo di tale studio[59] è apparsa esserne la spiegazione della mancanza (di *furtum* e) di *actio furti* tra i coniugi in termini di "faktische Vermögensgemeinschaft" tra gli stessi, contro «la dottrina, molto diffusa, per la quale l'esclusione dell'*actio furti* tra coniugi sarebbe stata una reminiscenza storica dei matrimoni *cd. cum manu* (per i quali l'esclusione dell'*actio furti* trovava la sua ragion d'essere nel rapporto potestativo che s'istituiva fra *vir* e *uxor*)»[60].

La tesi della 'faktische Vermögensgemeinschaft' ha però trovato da parte del solo Marrone – almeno tra i recensori- un avallo esplicito, seppure un poco generico[61]. Non prende partito il Wesener e sfuma il proprio dissenso il Labruna[62]. La tesi del Wacke è

[p. 144]

invece respinta senz'altro dal Voci, il quale ne propone, in sostituzione, una compromissoria: la *societas vitae* sarebbe, sì, il generale fondamento della non ravvisabilità del *furtum* nelle *amotiones uxoriae*, ma tale *societas vitae*, di carattere esclusivamente personale (cioè senza riflessi comunitario-patrimoniali), sarebbe nient'altro se non il presupposto sociologico della "presunzione" che ciascun coniuge disponga delle cose dell'altro con l'assenso di questo[63]. Tale 'teoria della presunzione' – più antica – non sarebbe stata «più accolta in età classica. Da Sabino in poi si ritenne che il furto tra coniugi, in sé, fosse possibile: solo continuò a rimanere vigente il regime della non perseguibilità con l'*actio furti*. Ciò significa che la norma positiva rimase immutata, mentre veniva meno la sua giustificazione razionale». La costruzione del Voci, incidentalmente sbizzata e rapidamente argomentata, è certamente suggestiva ma appare priva di sostegni nelle fonti, anzi apertamente in contrasto con esse ad iniziare dallo stesso Paul. *D. 25.2.1*, secondo il quale Nerva-Cassio fanno conseguire esplicitamente dalla *societas vitae* coniugale uno *status di quodammodo domina* della *uxor* e, soltanto attraverso la intermediazione di tale (con-)dominium, la non ricorribilità degli estremi del *furtum*.

[p. 145]

Quella che già era, in sostanza, la dottrina dominante nella materia della inespugnabilità della *actio furti* nei confronti della *uxor* viene ribadita e perfezionata nelle recensioni – tra loro fondamentalmente coincidenti (almeno per i punti in nostro esame) – del Burdese e del Guarino. Entrambi gli autori rifiutano la spiegazione che il Wacke ex novo propone della disciplina 'classica' del *furtum* della *uxor* (e, più in generale, tra coniugi): la esistenza, cioè, – anche? – in regime di *matrimonium* cd. *sine manu* di una 'faktische Vermögensgemeinschaft' coniugale[64].

Osserva il Guarino (con logica che mi appare ineccepibile) neppure capirsi perché mai tale 'faktische Vermögensgemeinschaft' che comunque, almeno a

[146]

partire da Sabino, non impedisce il *furtum* tra coniugi debba tuttavia – continuare a – escludere la *actio furti* tra gli stessi.

Con argomentazione altrettanto stringente, il Burdese, osservato che per la tesi del Wacke mancherebbe soltanto il "profilo interno"[65] del *furtum* tra coniugi, la respinge come contraria alla lettera e al senso delle fonti che esprimono la giurisprudenza dominante (di Sabino-Procuro): mancare cioè la *actio furti*, non il *furtum*, tra coniugi.

La razionalità delle critiche del Guarino e del Burdese alla teoria del Wacke emerge compiutamente se si considera che alla base di quella moderna dottrina[66] (cui, per altro, anche il Wacke aderisce) secondo la quale Sabino (o chi per lui) avrebbe innovato la antica dottrina sul *furtum* introducendo la separazione (meglio: la capacità di separare) tra la (nozione della) sussistenza della fattispecie del *furtum* e la (nozione della) sussistenza della *actio furti*, è il presupposto che la inespugnabilità

[p. 147]

della *actio furti* non fosse una conseguenza della insussistenza del *furtum* ma che -al contrario- fosse la idea della insussistenza del *furtum* la conseguenza della inespugnabilità della *actio furti*, giusta la 'incapacità', per insufficienza scientifica di analisi, di concepire la esistenza di una obbligazione non 'azionabile'.

Nella logica del Wacke, per cui il fondamento della inespugnabilità della *actio furti* è il rapporto seppure solamente "di fatto") di 'Vermögensgemeinschaft', la insussistenza del *furtum* deve invece postularsi 'prima' e come causa (anzi che 'poi' e come conseguenza) della inespugnabilità della *actio furti*. E ciò – come ovvio – indipendentemente dalla capacità o meno della scienza giuridica coeva di concepire la sussistenza di una obbligazione in assenza della azione corrispondente. In tale logica l'eventuale sopravvenire di questa 'capacità' scientifica non dovrebbe dunque incidere assolutamente.

Il Guarino e il Burdese continuano per contro a credere al sopravvivere, *constituito iure* (inteso – a differenza del Wacke – come una sorta di diritto 'positivo') [67] nei confronti dei coniugi *sine manu* del regime già proprio al *matrimonium* cd. *cum manu*, quando la esclusione (del *furtum* prima e) della (sola) *actio furti* (poi) tra coniugi era un postulato, *natura rei* (cfr. Paul. D. 47.2.16), del più generale rapporto potestativo in cui quella forma matrimoniale si colloca.

[p. 148]

Il Guarino ha ripreso e sviluppato il proprio discorso sulla *actio rerum amotarum* in uno scritto più ampio[68], ove è ulteriormente esplicitata la propria tesi circa origine e fondamento di tale azione. Sino a Sabino, nel *matrimonium* cd. *cum manu* non vi ha furto fra coniugi come, più in generale, non vi ha furto tra *personae unius potestati subiectae*: «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»[69]. Va, per altro detto che il Guarino recupera il tema del condominio della *uxor in manu* in quanto *loco filiae* (tema proprio al filone dottrinario cui egli si riconnette): «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'essa»[70]. Nel *matrimonium* cd. *sine manu*, dove non ci

sarebbe di per sé motivo alcuno di escludere furto e azione di furto tra coniugi, non vi ha tuttavia *actio furti* tra gli stessi per il prevalere del modello organizzativo offerto dal *matrimonium* cd. *cum manu*. A partire dal III secolo a.C., *solutum matrimonium*, si offre al marito nel *matrimonium* cd. *cum manu* (e, quindi, in quello cd. *sine manu*) lo

[p. 149]

strumento della *actio rerum amotarum* contro le *amotiones* compiute a suo danno dalla *uxor*. Con Sabino si ammette la possibilità di furto della *uxor in manu* (nonché, più in generale, dei *fili familias*) tuttavia *constituito iure* (ovvero per 'diritto posto' come 'conservazione della prassi precedente') si continua a non dare *actio furti* tra coniugi e la *actio rerum amotaarum* si estende all'uso da parte della *uxor* contro il marito in una più ampia concezione della stessa come *condictio ex causa furtiva*.

[p. 150]

2. Una critica complessiva

a. Nucleo comune, al di là delle differenziazioni, della odierna dottrina su Paul. D. 25.2.1

In sintesi e semplificando, lo stato odierno del dibattito in dottrina su Paul. D. 25.2.1 è il seguente.

Secondo il Wacke, sino a Sabino nel *matrimonium* cd. *cum manu* non vi ha *actio furti* tra coniugi in quanto neppure vi ha furto tra *personae unius potestati subiectae*. Nel *matrimonium* cd. *sine manu* invece il *constitutum ius*[71], inteso come diritto *moribus constitutum*, esclude il *furtum* (Nerva e Cassio) o la sola *actio furti* (Sabino e Proculo) in forza della *societas vitae* coniugale, intesa come "faktische Vermögensgemeinschaft". Per le *amotiones* (*divortii causa*) tra coniugi[72] la interpretazione giurisprudenziale (attraverso l'editto pretorio) offre, *matrimonio soluto*, il rimedio della *actio rerum amotaarum in uxorem*. Con la dottrina di Sabino, che permette di riconoscere la esistenza del *furtum* anche in assenza della corrispettiva azione, si ammette la possibilità del *furtum* sia

[p. 151]

da parte delle *personae in aliena potestate* (quindi della *uxor* nel *matrimonium* cd. *cum manu*) sia tra i coniugi condomini di fatto nel *matrimonium* cd. *sine manu*[73].

Secondo il Guarino, la opinione di Nerva-Cassio niente altro esprimerebbe se non il regime più arcaico delle *amotiones* di *res* fra persone all'interno di una stessa *potestas*: cioè la esclusione tra di esse della possibilità e della *actio furti* e – conseguentemente – del *furtum*.

La più fortunata opinione di Sabino-Proculo, invece, esprimerebbe innanzi tutto la nuova idea scientifica che tra persone all'interno di una stessa *potestas* possa ben esservi *furtum*, anche se tra le stesse (quindi anche tra *vir* e *uxor in manu*) non è possibile (*natura rei*) l'esperimento della connessa *actio*; la esclusione della *actio furti* nei confronti della *uxor* non *in manu* avviene invece 'perché così si è stabilito': *constituito iure*.

La interpretazione di Paul. D. 25.2.1 è dunque oggi, in dottrina, sostanzialmente concorde sotto aspetti fondamentali. Essi sono:

a) la convinzione che fosse unico il regime, in materia di *furtum* e di *actio furti*, per la *uxor in manu* (*loco filiae*) e per i *fili familias* (nonché per i *servi*) in forza della comune sottoposizione ad una stessa *potestas* e sul presupposto del succedersi nel tempo della dottrina e, quindi, del regime della sola inespugnabilità della *actio furti* alla dottrina e al regime della stessa impossibilità del *furtum facere*;

[p. 152]

b) la – corrispondente – disattenzione o sotto-valutazione (nonostante contrarie apparenze) per il tema del *quodammodo domina* (comune alla condizione della *uxor* e a quella dei *fili familias* ma non a quella dei *servi*) e per il tema connesso della *societas*

vitae (esclusivo, invece, della condizione della *uxor*). Il Wacke considera l'argomento della *societas vitae* menzionato da Nerva-Cassio la reale motivazione 'classica' (comune, cioè, anche a Sabino, Proculo, Giuliano, Paolo etc.) della inespugnabilità della *actio furti* nei confronti della *uxor non in manu*. Tuttavia (forse proprio perché nega un nesso tra tale motivazione e il rapporto potestativo caratteristico del *matrimonium cd. cum manu*) ha un atteggiamento assolutamente negativo circa la natura giuridica dello '*status*' di *quodammodo domina* che Nerva-Cassio attribuiscono alla *uxor* sulla base della *societas vitae* con il marito. Lo status della *uxor* è infatti dal Wacke espressamente assimilato -almeno sotto il profilo che ci riguarda- allo status prodotto da situazioni che sarebbero di mera coabitazione, quali quelle del *libertus* e del *cliens* (con il *patronus*) e del *mercennarius* (con il *conductor*), persone tutte che sono dette essere n o n in potestate e che certamente né sono *sociae* né sono (*quodammodo*) *dominae*.

[p. 153]

b. Inserimento nella opinione di Nerva-Cassio di elementi della opinione di Sabino-Proculo e viceversa

Nel complesso, la costruzione contemporanea appare avere un rapporto assai tenue con Paul. *ad Sab. 7 = D. 25.2.1* che dovrebbe esserne la fonte principale.

Stando semplicemente al testo di Paolo, infatti, in epoca 'classica' (cioè in epoca di diffuso e prevalente *matrimonium cd. sine manu*) si contrappongono due ugualmente autorevoli, anche se non egualmente fortunate, opinioni giurisprudenziali.

Secondo la prima (che fa capo a Nerva-Cassio) nei confronti della *uxor* non è esperibile la *actio furti* perché neppure è da lei realizzabile la fattispecie del *furtum*, dal momento che ella è resa dalla *societas vitae* con il marito *quodammodo domina* dei beni 'di lui'.

Per la seconda opinione (che fa capo a Sabino-Proculo e che, con il conforto della autorità di Giuliano, lo stesso Paolo preferisce e professa)[74] sotto il profilo del diritto sostanziale la posizione della *uxor* è riferita a quella della *filia familias*: la *uxor* può commettere *furtum* a danno del proprio marito così come la *filia familias* può commettere *furtum* a danno del proprio *pater familias*; tuttavia (si intende: a differenza di questa ultima nei cui confronti la inespugnabilità della *actio furti* dipende dalla *natura rei*, cioè dall'essere all'interno della stessa *potestas* del derubato) nei confronti della *uxor (scl. non in manu)* la *actio furti* è inespugnabile *constituto iure*.

[p. 154]

Dal testo di Paolo (sempre che - come pare - esso non sia stato alterato con tagli e/o aggiunte da manipolatori tardo-classici o dai compilatori giustiniane)[75] risulta dunque che:

a) il richiamo alla *societas vitae* con il marito e il connesso status di *quodammodo domina* della *uxor* come fondamento del *iudicium singulare* della *actio rerum amotarum* è proprio soltanto della (e vale soltanto per la) opinione di Nerva-Cassio: non è proprio della né vale per la contrapposta opinione di Sabino-Proculo);

b) la assimilazione agli stessi fini della situazione della *uxor* a quella della *filia familias* è presente soltanto nella (e vale soltanto per la) opinione di Sabino-Proculo: non nella (e per la) contrapposta opinione di Nerva-Cassio.

Appare per tanto forzare quanto meno la lettera del testo in esame sia la interpretazione secondo cui la opinione di Nerva-Cassio (della impossibilità di *furtum* da parte della *uxor*) sarebbe fondata sul presupposto dello status di *loco filiae* della *uxor (in manu)* richiamata da Sabino-Proculo[76], sia la interpretazione

[p. 155]

secondo cui la opinione di Sabino-Proculo della giustificazione in termini di *constitutum ius* della inespugnabilità della *actio furti* a carico della *uxor* sarebbe fondata sul presupposto della *societas vitae* della *uxor* medesima richiamato da Nerva-Cassio.

c. Affermazione della determinante influenza, sulla definizione del regime delle *amotiones* tra coniugi, dell'imporsi di una nuova opinione giurisprudenziale che ammette una fattispecie di furto sprovvista di *actio*

Entrambe tali interpretazioni si reggono, in realtà, su di un argomento esterno rispetto al testo di Paolo e, precisamente, che nella epoca sino a Sabino tra *filia familias* e *pater familias* (e, in genere, tra tutte le persone collocate all'interno di una stessa *potestas*) fossero esclusi non soltanto la *actio furti* ma anche il *furtum*: la nozione di una fattispecie di *furtum* cui non corrispondesse – o potesse non corrispondere – la *actio furti* sarebbe stata introdotta forse proprio ad opera di Sabino. In altri termini, occorre tenere presente che i ragionamenti sviluppati in dottrina per la interpretazione delle contrapposte opinioni giurisprudenziali, poste a confronto da Paolo in *Ad Sab. 7 = D. 25.2.1*, alla insopprimibile esigenza di tenere presente in -e per- tale interpretazione il succedersi (statisticamente realizzatosi già nell' ultimo secolo a.C.) dei due regimi matrimoniali *ccdd. cum-* e *sine manu* aggiungono la ulteriore complicazione di un'altra variabile: quella -ipotetica- della disciplina del *furtum*. Si ipotizza infatti -anzi, si postula- in tale materia il passaggio dalla 'concezione dei veteres' (i quali avrebbero escluso con la *actio furti* anche la fattispecie del *furtum* tra persone all'interno di una stessa *potestas*) alla concezione di Sabino il quale, con riferimento alla medesima situazione spiegherebbe la mancanza della *actio furti* ricorrendo a mere ragioni procedurali e, sotto il profilo sostanziale, ammetterebbe invece il *furtum*.

[p. 157]

La considerazione dell'accavallarsi delle due vicende giuridiche (una certa, quella del regime matrimoniale e l'altra ipotetica, quella della 'Furtumslehre') appare prendere nei ragionamenti contemporanei il sopravvento sull'esame delle individualità delle – antiche – opinioni giurisprudenziali, le quali vengono così, sostanzialmente, ricondotte (e 'ridotte', sia pure con qualche parziale respicenza: Wacke)[77] ai termini della seconda vicenda (quella della dottrina del *furtum*) nella quale infatti la innovazione (rifiutata, in ipotesi, da Nerva-Cassio) è ascritta proprio a Sabino.

Nei confronti di tale argomentare possono però sollevarsi alcune obiezioni.

Va, anzi tutto, detto che la ipotesi di un simile cambiamento di orientamento giurisprudenziale nella materia del *furtum* presuppone una interpretazione forzata se non il rovesciamento di un altro passo del *Digesto*:

Ulp. *D. 47.2.17 Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim, qui potest in furem statuere, necesse habet adversum furem litigare, idcirco nec actio ei a veteribus prodita est*[78].

[p. 158]

Secondo Ulpiano, infatti, già i *veteres* affermavano la mancanza di *actio furti* ma non la mancanza di *furtum* tra persone poste all'interno di una stessa *potestas*, sul presupposto che il potere coercitivo del *pater-dominus* rendeva per lui superfluo l'agire in giudizio. E' facendo leva sull'"*idcirco*" (opinabilmente tradotto come "all'incirca") che parte della dottrina moderna crede di potere scorgere sotto e contro la affermazione di Ulpiano la presenza di una diversa realtà, che sarebbe appunto quella della giustificazione, da parte dei *veteres*, della mancanza di *actio furti* nei confronti di figli e servi con la affermazione della stessa inipotizzabilità del *furtum* da parte loro.

Che in epoca 'pre-' e 'proto-classica' la *filia familias* (come, per altro, i suoi fratelli e i servi) non potessero *furtum facere* al proprio *pater familias* è soltanto una ipotesi moderna, priva di diretto riscontro testuale nelle fonti e la cui costruzione neppure appare, *prima facie*, troppo solida[79].

[p. 159]

Il dato certo è invece che nelle fonti la affermazione della insussistenza del *furtum* si trova soltanto a proposito della *uxor*, mentre sono varie le categorie

[p. 160]

e le situazioni per le quali le stesse fonti (lo abbiamo visto) escludono la *actio furti*: non soltanto i *filii familias* e i *servi* (Paul. D. 47.2.16; Ulp. D. 47.2.17), ma anche il *libertus*, il *cliens* e il *mercennarius* (Paul. D. 47.2.90(89)) (anche se – occorre non dimenticarlo – Sabino - Proculo assimilano il regime della *uxor* in materia di *furtum* a quello della sola *filia familias*). Dal che consegue anche che la tesi del sopravvenire (ad opera di Sabino?) della teoria di una fattispecie di *furtum* che non produce *actio furti*, ben lungi dall'aver valore di assioma, appare piuttosto una sorta di ipotesi di secondo grado: una ipotesi, cioè, costruita sopra (ma anche, al contempo, per sostenere) un'altra ipotesi: quella, cioè, di una opinione dei *veteres* di generalizzata mancanza di *furtum* in tutti i casi nei quali non era esperibile la *actio furti*.

[p. 161]

d. Irrilevanza e contraddizione interna della opinione di Nerva-Cassio?

L'inserimento della opinione di Nerva - Cassio, per cui la *uxor furtum non facit*, nella (ipotetica) più ampia, antica regola della insussistenza del *furtum* tra tutte le persone collocate all'interno di una stessa *potestas* (come mera sopravvivenza di tale regola) comporta inoltre non soltanto la totale irrilevanza giuridica della opinione di Nerva - Cassio in ordine alla forma matrimoniale di gran lunga, già ai loro tempi, la più diffusa[80], ma anche la sostanziale irrilevanza o proprio la contraddittorietà interna dell'argomento da essi addotto "*quia societas vitae quodammodo dominam eam - scl. la uxor - facit*" per e con la stessa opinione da loro professata, se (così la dottrina dominante) si considera comunque (indipendentemente cioè dalla differenza di opinioni tra Nerva - Cassio e Sabino - Proculo) la disciplina 'classica' del *furtum* tra coniugi (*sine manu*) una mera sopravvivenza, destituita oramai di fondamento logico, della specifica logica del più antico *matrimonium cd. cum manu*.

Nel *matrimonium cd. cum manu* la 'generica' condizione di persona *in potestate*, necessaria e sufficiente ("in ipotesi") appunto a escludere il *furtum* (almeno sino a Sabino) della *uxor*, renderebbe infatti irrilevante sia il richiamo allo '*status*' di *quodammodo domina* (che la *uxor* ha in comune con i *filii familias*[81] ma non con i *servi*, i quali pure non farebbero però *furtum*) sia, a maggiore ragione, la ulteriore

[p. 162]

specificazione del riferimento di tale *status* al rapporto di *societas vitae* della *uxor* con il marito rapporto – ovviamente – esclusivamente proprio alla sola *uxor*).

[p. 163]

e. Oppure: illogicità della contrapposizione (nella ricostruzione proposta da Paolo) delle opinioni di Nerva-Cassio e di Sabino-Proculo?

Se invece (come fa il Wacke) si recupera 'in qualche modo' senso all'argomento di Nerva - Cassio[82] riferendolo però (con tutta la disciplina 'classica' del *furtum* tra coniugi) al solo regime matrimoniale *cd. sine manu* (a parte il -perlomeno- curioso bisticcio logico del conservarsi nella opinione di Nerva - Cassio della disciplina più antica (insussistenza del *furtum* tra coniugi) in forza dell'argomento più recente (*societas vitae*), mentre nella opinione di Sabino-Proculo la disciplina più recente (sussistenza del *furtum* e inespugnabilità della *actio furti*) si fonderebbe (almeno parzialmente) sul richiamo a una situazione oramai superata: lo *status* di *loco filiae* della *uxor in manu*) resterebbero comunque insuperabili le obiezioni già avanzate[83] della irrazionalità di una '*faktische Vermögensgemeinschaft*' cui verrebbe riconosciuta capacità inibitoria della sola *actio furti* e non anche della medesima fattispecie del

furtum.

In ogni caso, Paul. *D.* 25.2.1 appare uscire piuttosto mal concio dalle operazioni ermeneutiche cui lo si assoggetta da parte della dottrina contemporanea.

La contrapposizione tra Nerva-Cassio da una parte e Sabino-Procuro dall'altra non investirebbe né la questione del rapporto di *societas vitae* tra marito

[p. 164]

e moglie né la questione della ('originaria') assimilazione della *uxor (in manu)* alla *filia familias* (anzi!), trasformandosi in tutt'altra cosa (cui Paolo non fa però alcun cenno): la applicazione cioè, o meno, alla *uxor (in o sine manu)*, a seconda che si respinga o si accolga la 'variante' del Wacke) della 'nuova' dottrina (sabiniana?) del *furtum* senza *actio*. L'argomento di Nerva-Cassio (insussistenza del *furtum* della *uxor* come conseguenza della *societas vitae coniugale*) sarebbe o irrilevante o (secondo la correzione del Wacke) verrebbe a coincidere con il (anzi: a fornire contenuto al) *constitutum ius* di Sabino-Procuro.

Mi chiedo se tale smontaggio e rimontaggio secondo un nuovo ordine logico del testo di Paolo (magari gettandone via qualche pezzo) sia, ancora prima che legittimo, necessario.

[1] Cfr., *infra*, prgf.IV 1 c.

[2] Rapporto della *actio rerum amotarum* con la *actio rei uxoriae* e la connessa *retentio propter res amotae*, sua 'data di nascita', significato di *amovere*, ambito della *actio rerum amotarum* (matrimonio, divorzio), ricostruzione della formula, natura della azione (penale, reipersecutoria, mista), applicazione alla sola *uxor* o anche al *maritus* etc.

[3] Cfr. L.PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana* (Milano 1984) 34 nt. 52 sul ruolo della monografia del Wacke nel riaprire la questione della comunione familiare in Diritto romano.

[4] F.W.v.TIGERSTROM, *Das römische Dotalrecht II* (Berlin 1832 r.a. Berlin 1983) prgf. 62. "*Actio rerum amotarum*".

[5] TIGESTRÖM, *op.cit.* 295: «L'obiettivo di questa azione <l'*actio rerum amotarum*> è prima di tutto la restituzione degli oggetti sottratti; essa è una *actio reipersecutoria* sebbene nasca da un delitto (*D.* 25.2.21.5). Come tale essa non si estingue – come le azioni pretorie di natura penale – in un anno ma dura – come la stessa *condictio furtiva* – 30 anni (*D.* 25.2.21.5)».

[6] TIGESTRÖM, *op.cit.* 277: contro la ex moglie può essere esperita soltanto la *actio rerum amotarum* e non qualsiasi *condictio furtiva*; secondo la opinione di alcuni giuristi romani, fintanto che la *societas vitae* (intesa in senso non giuridico ma religioso) faceva partecipare la moglie a ogni proprietà del marito, non era possibile trattarla da ladra. Altri giuristi consideravano invece quella motivazione come troppo "sottile" e infondata. Essi affermarono la opinione che -così come la figlia al padre- anche la moglie potesse fare furto al marito, soltanto si sarebbe voluto evitare la azione infamante di furto e la esclusione di quella azione sarebbe stata posta dal diritto. Come tale prospettiva abbia trovato ingresso presso i Romani (attraverso il pretore e il *ius honorarium*?) è irrilevante: certo è che si ritenne non ammissibile per l'*honor matrimonii* la infamante azione di furto.

[7] TIGESTRÖM, *op.cit.*, 279: «Primo: quando trova applicazione questa azione? Essa presuppone che la donna abbia sottratto durante il matrimonio cose al marito in previsione del divorzio (*divortii causa*) e che il divorzio sia quindi seguito».

[8] TIGESTRÖM, *op.cit.* 287 «Secondo: chi è l'attore? In origine poteva utilizzare questa azione soltanto il marito; appare infatti che fosse un requisito di questa azione potersi esercitarla soltanto come surrogato del mancato esercizio di una *retentio*. La azione si estende quindi alla moglie contro il marito e (p.288) alle medesime condizioni (*D.* 25.2.7; *C. rer. amot.* 2). ... Terzo: chi è il convenuto? (p.291) Come l'uomo da parte sua appare di regola l'attore, cos' di regola è la donna la convenuta. Però anche all'incontrario l'uomo può essere convenuto con questa azione se egli *divortii causa* abbia sottratto beni della moglie e quindi sia seguito il divorzio.»

[9] Cfr., *supra*, nt.3.

[10] V., *infra*, prgf.seguente, a proposito della dottrina dello Zanzucchi.

[11] A.BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* I (Erlangen 1863) e II (Erlangen 1867): II 332.

[12] *Loc.cit.*: «Della *actio rerum amotarum* sappiamo che essa è di recente origine. Ancora Nerva e Cassio avevano affermato che la donna non può commettere furto a danno dell'uomo; Sabino e Proculo avevano invece ammesso questa possibilità ma dichiarato inammissibile la *actio furti* e così è stato introdotto l'*actio rerum amotarum iudicium singulare* come compromesso tra le due opposte opinioni.

Con ciò si è però soltanto affermato che l'*amovere res mariti* ha avuto prima della introduzione di tale *actio* quasi nessuna attenzione, ovvero che l'uomo era esclusivamente limitato alla *rei vindicatio*. La opinione di Nerva e Cassio giunge soltanto a negare la esistenza di un concetto civilistico di *furtum*, non deve però assolutamente essere intesa nel senso che la sottrazione di cose del marito sia lecita e improduttiva di contromisure anche del punto di vista del *bonum et aequum*.

Io ritengo ... che dai *veteres* e a lungo prima di Sabino e Proculo la asportazione di cose dell'uomo venisse presa in esame con il criterio dell'*aequius melius* in occasione della richiesta di restituzione delle cose dotali.

La *retentio propter res amotas* non si è sviluppata dalla *actio rerum amotarum* ma, al contrario, la *actio rerum amotarum* è uno sviluppo formale e materiale della ritenzione.»

[13] K.CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (Gießen 1870).

[14] *Op.cit.*, 347 s.

[15] A.ESMEIN, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain. Mélanges d'histoire du droit et de critique* (Paris 1886) 27 ss.

[16] P.HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain I Les sources* (Lyon - Paris 1915) 631 cita per esteso l'Esmein di cui accoglie la opinione (v. *infra*) e prosegue affermando che nel *matrimonium cd. sine manu* non si applicava dunque contro l'*uxor* la *actio rerum amotarum* ma la *actio furti* e la *condictio furtiva*. Il marito avrebbe perduta la prima in un momento che ignoriamo mentre avrebbe conservato la *condictio furtiva* (in luogo sempre della *actio rerum amotarum*, par d'intendere) sino al Basso Impero, quando il nome della *actio rerum amotarum* avrebbe rimpiazzato quello di *condictio furtiva*; E.LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht* (Berlin 1915) prgf. 9. "Die *actio rerum amotarum*" (pp.114 - 134) in part.p.121 respinge la «dottrina (cresciuta in Francia e in Italia) che trova le radici della nostra azione sul terreno del *matrimonium cum manu*».

[17] *Op.cit.*, 28.

[18] *Op.cit.*, 29.

[19] M.PAMPALONI, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto ('actiones utiles')* in *Studi Senesi* 17 (1900) 149 ss.

[20] *Op.cit.*, 150.

[21] *Op.cit.*, 151.

[22] *Op.cit.*, 152.

[23] *Op.cit.*, 154.

[24] *Op.cit.*, 166.

[25] *Op.cit.*, 158 (nt.35). Seguono (?) la opinione di Nerva-Cassio: *Pedio D.* 25.2.21.1 alterato forse per svista (nt.36) e *Marciano D.* 25.2.25 ("forse" nt.39 p.159).

[26] *Op.cit.*, 159.

[27] *Op.cit.*, 160; Questa decisione che differisce solo formalmente dall'opinione di Sabino-Proculo appare più corretta di quella seguita dai compilatori delle *Pandette* e deve essere preferita nel sistema giuridico giustiniano.

[28] *Op.cit.*, 161.

[29] *Op.cit.*, 162.

[30] P.P.ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la 'reverentia' tra coniugi in Diritto romano* "Parte prima" in *RISG* 42 (1906) e "Parte seconda" in *RISG* 47 (1910).

[31] *Op.cit.* (1906) 21 s.; cfr.71 ss.

[32] ZANZUCCHI -1906- 22; permanenza di tale qualità anche in caso di morte del marito: divieto di *actio expilatae hereditatis*, p.27.

[33] *Op.cit.* 57; cfr. p.33. La *actio rerum amotarum* è subordinata alla mancata restituzione e (1910 p.16) si estingue se i due ex coniugi si risposano: *Pap. D.* 25.2.30

[34] ZANZUCCHI (1906) p.5 ss. in part. p.10, p.17 e p.20; cfr. p.62 s.

[35] *Op.cit.*, p.71

[36] *Op.cit.*, p.72.

[37] La applicazione dei principi del matrimonio cd. *cum manu* al matrimonio cd. *sine manu* portava ad affermare la mancanza stessa del furto da parte della *uxor* «in contrasto con gli sforzi che la giurisprudenza faceva in riguardo alle sottrazioni degli schiavi e dei *fili familias* per affermare il principio che era negata la sola azione e non il delitto, a scopo di garantire meglio i diritti del derubato sulla sua cosa (inusucapibilità) e la persecuzione dei complici».

[38] ZANZUCCHI – 1906 – p.76. Con Gordiano e Diocleziano «caduta la giurisprudenza classica e venuta meno la forza di sceverare le buone dalle cattive dottrine, si fece ritorno all'idea, già abbandonata, del condominio come giustificazione del diniego».

[39] LEVY, *op.cit.*, 121.

[40] *Op.cit.*, 123 s.

[41] *Op.cit.* p.125 s.; altri argomenti testuali a favore: *Ulp. D.* 25.2.24 e *Pomp. D.* 25.2.8.

[42] *Op.cit.*, 126 s.; cfr. 130 s.: «Occorre che la sottrazione sia avvenuta 'in vista del divorzio' perché essa possa venire considerata come autotutela alla scopo di soddisfare e garantire le aspettative dotali. Inoltre 'il divorzio deve essersi verificato', perché soltanto dopo il *consilium* della donna ottiene la sua oggettiva rilevanza giuridica e maturano quelle <così> assicurate aspettative dotali. Restano estranei al *singulare iudicium* e sottoposti al generale regime del furto (*actio furti* e *condictio furtiva*) tutti gli altri casi: sia che la donna agisca con altra intenzione (ad esempio, un furto di carattere generale) <*D.* 25.2.17.1>, sia che il furto sia compiuto prima o dopo il matrimonio o anche durante il matrimonio ma senza che segua il divorzio <N.B.: argomenti testuali ricostruiti sulla base di presunte interpolazioni>. Dell'*honor matrimonii* qui non si parla.»

[43] *Op.cit.*, 128 s.

[44] *Op.cit.*, p.128.

[45] *Op.cit.*, p.132.

[46] *Op.cit.*, p.134; cfr. p.133: «I classici debbono certamente avere esplicitamente parlato della qui ipotizzata origine della *actio rerum amotarum*, così probabilmente Paolo nel varco riempito dal fr.2 di Gaio. I compilatori non potevano utilizzarlo poiché - come dimostrato - essi consideravano impraticabile soltanto la *actio furti* e non anche la *condictio furtiva*. Che essi ammettessero questa senza distinguere un ambito di applicazione proprio della *actio rerum amotarum* provano le loro (in precedenza trattate) varie interpolazioni e *C.* 6.2.22.4».

[47] S.PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano* I 2^{ed.} (Roma 1928) prgf. 42 "Effetti giuridici del matrimonio rispetto ai coniugi" p.347 ss., in part. 350 s.: «Il diritto pregiustiniano concedeva che i coniugi potessero intentarsi reciprocamente azioni penali e infamanti. Il diritto giustiniano invece le esclude tutte. Finché non esistettero che matrimonii *cum manu*, dato che la moglie rubasse cose del marito, questi non poteva avere l'*actio furti* contro di lei, perché non nasce nessuna azione tra avente potestà e sottoposti. Né poteva il marito rubare cosa alcuna alla moglie, perché questa nulla aveva in proprio. Sorti i matrimonii *sine manu*, la donna poté avere beni propri e il marito poté quindi sottrarglieli. Siccome ora codesti beni restavano in tutto qualche cosa di estraneo al marito, si dovette ammettere che la donna potesse in tal caso agire contro il marito con l'*actio furti*. Ma mentre l'indipendenza della donna dalla potestà del marito avrebbe dovuto logicamente condurre ad ammettere anche a favore di questo l'*actio furti* contro la donna, che gli sottraesse cose sue, l'antica esclusione dell'*actio furti* contro di essa in ragione della potestà

maritale, e il fatto che la donna entro la casa maritale si diportava praticamente come quasi una condomina delle cose maritali anche ora che non poteva più dirsi quasi una condomina a titolo di figlia <il corsivo è mio>, fecero sì che l'esclusione dell'*actio furti* fu mantenuta. In luogo di questa il pretore concesse contro la donna un'azione *in factum concepta* con condanna diretta al quanti *ea res fuit* vincolata però a particolari ipotesi».

[48] G.LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia* 2^a ed. (Roma 1953) 52 s. La limitazione tra coniugi di azioni penali o infamanti attestata in *Cod.* 5.21.2 sarebbe il frutto di una interpolazione giustiniana: «Il diniego di esperibilità dell'azione di furto può desumersi, invece, da luoghi sostanzialmente insospettabili (*D.* 25.2.1, ad esempio). Una volta sciolto il matrimonio per divorzio, le fonti menzionano un *iudicium singulare*, l'*actio rerum amotarum*, avente lo scopo di soccorrere il coniuge che, in costanza di matrimonio, avesse subito sottrazione di cose di sua pertinenza. La costituzione diocleziana superiormente riferita (*Cod.* 5.21.2), nella parte di essa che non rivela tracce di interventi dei compilatori del codice giustiniano, chiaramente esprime la regola: '*Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito ... rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio*'. Tale azione ha certamente carattere penale nel diritto classico. Nel diritto della *Compilazione*, essa ha, come sembra potersi ritenere, assunto carattere reipersecutorio ...»

[49] M.MARRONE, '*Actio ad exhibendum*' in *AUPA* 26 (1957) 567 <=395 estr.> «In ordine alle cose sottratte da un coniuge all'altro in costanza di matrimonio, la giurisprudenza era divisa: mentre alcuni negavano che tra coniugi potesse avere luogo furto, altri lo ammettevano, pur essendo concordi con i primi nel negare la spettanza dell'*actio furti*. Ma, per le *res amotae* in vista del divorzio aveva luogo tra coniugi, sciolto il matrimonio per divorzio, l'*actio rerum amotarum*» (p.378)

[50] La tesi della maggiore antichità della esclusione della fattispecie del *furtum* da parte della *uxor* (opinione di Nerva - Cassio e, pare, Pedio) rispetto alla esclusione della sola *actio furti* contro la *uxor* (opinione di Sabino - Proculo, Giuliano, Paolo, Trifonino, Ulpiano nonché, pare, Gaio) si iscrive nel quadro della dottrina dominante. Si ritiene infatti -per un verso- che, nei rapporti tra tutte le persone collocate all'interno di una stessa *potestas*, alla esclusione della *actio furti* (come di qualsiasi altra azione) dovesse corrispondere 'in origine' una esclusione anche della fattispecie del *furtum*. E', per altro verso, considerato ovvio che nel *matrimonium* cd. *cum manu*, quando la *uxor* era *loco filiae*, ovvero sia *in manu* nonché *in potestate* del marito o del di lui *pater familias*, la esclusione del *furtum* (e della *actio furti*) era per lei fondata sugli stessi motivi che per gli altri sottoposti alla *patria* nonché *dominica potestas*: liberi e servi.

[51] Cfr., *supra*, prgf.1 c, la dottrina dello Zanzucchi.

[52] Paul. *D.* 25.2.21.1 *Si servus mulieris iussu dominae divortii causa res amoverit, Pedius putat nec furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet, nec videtur furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat, quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat: sed rerum amotarum actio erit.*

[53] WACKE, *Op.cit.*, 83 ntt.25 - 28.

[54] Paul. *D.* 47.2. 90 (89) *Si libertus patrono, vel cliens, vel mercennarius ei qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur*; cfr. Marc. *D.* 48.19.11.1 a proposito dei *furta domestica*.

[55] C. 10.32.11 (a.294) e 8.55.6 (dello stesso anno); WACKE. *Op.cit.*, 96 nt.94.

[56] *D.* 17.2.45 e 17.2.51 pr.; WACKE, *Op.cit.*, 96 cfr.34 ss.

[57] Circa la contrapposizione tra la *natura rei* e il *constitutum ius* cfr. Paul. *D.* 47.2.16 su cui *infra*, nt.67.

[58] A.BURDESE, in *Iura* (1964) 332, A.GUARINO, in *Labeo* 435.

[59] In un contesto, per altro, di tesi "mai rivoluzionarie" e anzi tendenti a soluzioni persino più "tradizionali" di quelle correnti: MARRONE, in *Tijd.* (1965) 467.

[60] MARRONE, *Op.cit.* 465; cfr. WACKE, *Op.cit.* 92 nt.73.

[61] «l'idea della padronanza di fatto della moglie convivente sui beni del marito -idea più etica e sociale che giuridica, pur se espressa in fonti giuridiche (ma anche in fonti letterarie)- si è rivelata all'A. adatta a spiegare non pochi problemi giuridici: primo fra tutti, quello relativo alla negazione dell'*actio furti fra coniugi*»: *Op.cit.* 468.

[62] Anche se questo ultimo, considerate le obiezioni sollevate contro la tesi del Wacke, conclude «sinceramente non saprei cosa si possa rispondere» così riconoscendone, quanto meno implicitamente, la *vis distruttiva*.

[63] «E' null'altro che una presunzione, che serve a dare una interpretazione dignitosa al contegno del coniuge: interpretazione di una giurisprudenza aristocratica, simile a quella stabilita dalla *praesumptio Muciana*».

[64] Il Burdese tuttavia, pure negando che la «idea etico-sociale dell'esistenza tra di essi <i coniugi> di una sorta di comunione in fatto di uso dei beni» possa «eliminare di per sé l'esperibilità di azioni ricollegate al furto... non più di quanto non elimini l'esperibilità tra coniugi della *reivindicatio*» ammette che tale idea possa avere facilitato il costituirsi di un *ius* parzialmente conservativo di quello (precedente e quindi venuto meno -per opera di Sabino?-) della mancanza di furto tra coniugi nel *matrimonium* cd. *cum manu* (BURDESE, *Op.cit.*, 333).

Entrambi concordano invece con il Wacke sull'allineamento alla dottrina attualmente dominante sia circa la tesi del carattere cristiano-giustiniano della giustificazione del divieto della *actio furti* tra coniugi in termini di tutela dell'*honor matrimonii*, sia circa la tesi che la opinione di Nerva - Cassio (per quanto concerne la inesistenza del *furtum*, non per quanto concerne la connessa giustificazione) esprima la giurisprudenza più antica in materia di *furtum* tra persone collocate all'interno di una stessa *potestas*. Entrambi accolgono inoltre (più esplicitamente il Guarino) la tesi che fosse già propria al diritto 'classico' la esperibilità della *actio rerum amotarum* contro la *uxor*.

[65] Scrive il Burdese (*Op.cit.* 333) che «il riconoscimento della esistenza della fattispecie di furto debba ritenersi effettuato, secondo vuole l'a., solo per quanto concerne i rapporti esterni (ai fini cioè della responsabilità di furto dell'eventuale complice e della non usucapibilità della cosa sottratta) mentre nei rapporti interni tra coniugi continuerebbe a non essere ravvisabile il furto, da cui conseguirebbe l'esperibilità sia dell'*actio furti* sia della *condictio furtiva* appare interpretazione che va al di là della semplice affermazione testuale: la moglie commette furto, ma non si dà contro di lei l'*actio furti*».

[66] Cfr., *supra*, prgf.III 1 b, la dottrina dello Zanzucchi.

[67] E' la interpretazione più diffusa già prima del contributo del Wacke (cfr.Id., *Op.cit.*, 91 nt.67). Per quanto concerne i contributi successivi, la espressione "diritto positivo" si incontra presso LABRUNA, in *Latomus* (1965) 719; cfr., similmente, VOCI, in *SDHI* (1964) 433 ("norma positiva ... che si fondava sull'autorità e non sulla ragione") ma mi appare esprimere adeguatamente anche la concezione del Guarino, nonché quella sottesa alla recensione del Burdese.

[68] A.GUARINO, '*Res amotae*' in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche* 75 (Napoli 1965) 253 ss.

[69] GUARINO, *Op.ult.cit.* 289.

[70] *Op.cit.*, 275 nt.83 ove ci si richiama, per i *fili in potestate*, a Gai. 2.157 e 159; Ulp. *D.* 28.2.11 tuttavia menzionando la posizione critica del Solazzi.

[71] Siamo qui di fronte a un altro aspetto della più generale disattenzione nei confronti della contrapposizione di opinioni giurisprudenziali del testo di Paolo: il *constitutum ius* sarebbe, secondo il Wacke, l'argomento giurisprudenziale a tutti comune sulla scorta del quale si dà rilievo e séguito giuridico alla *societas vitae* / '*faktische Vermögensgemeinschaft*': inesperibilità della *actio furti* negando per ciò anche il *furtum* prima di Sabino e senza più - necessità di - negarlo a partire da Sabino.

[72] A partire dal I secolo a.C.: ma nella ottica di questo autore la datazione non appare determinante ai fini della definizione sostanziale della natura dell'istituto.

[73] Con Marcello si estende alla *uxor* il diritto di esperire la *actio rerum amotarum* - questa volta - *in maritum*.

[74] Cfr. PLÜGER, '*Condictio ex iniusta causa*' in *ZSS r.A.* (1911) 177.

[75] WESENER, in *ZSS* (1964) 473: «Dieser Passus scheint unverdächtig»; cita a sostegno WIEACKER, *Textufen klassischer Juristen* (1960) 328 nt.260; cfr. GUARINO, '*Res amotae*' cit. 23 nt.76.

[76] Secondo il Burdese - ad esempio - la opinione di Nerva - Cassio, per cui la moglie non poteva commettere furto di cose del marito, sarebbe fondata, in *D.* 25.2.1 «sulla motivazione '*quia societas vitae quodammodo dominam eam (uxorem) faceret*', con successivo richiamo analogico alla posizione della *filia* verso il *pater*» e, secondo il Guarino, «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'essa».

[77] Perché il Wacke si limita a 'spiegare' la *differenza* di opinioni tra Nerva Cassio e Sabino - Proculo con tale vicenda giurisprudenziale (sopravvenuta capacità scientifica, in riferimento ai rapporti tra *personae unius potestati subiectae*, di riconoscere la fattispecie del *furtum* pure in assenza di esperibilità di *actio*

furti) non il porsi medesimo della questione (mancanza del *furtum e/o* della *actio furti* nelle *amotiones* coniugali) sulla cui soluzione Nerva-Cassio e Sabino-Proculo così si differenziano.

[78] Cfr. *Index interpolationum*.

[79] Lo stesso Guarino, secondo il quale «nel *matrimonium cum manu* non era concepibile un *furtum* in senso tecnico operato dalla *mulier in manu* ai danni dell'avente potestà», scrive anche che «Essi (scl. Sabino e Proculo) riconoscono che non vi è motivo alcuno per negare che la sottrazione compiuta dalla moglie, sia pure in manu, sia un furto». Se si afferma (GUARINO, '*Res amotae*' cit. 268 ss. e, sopra tutto, 275 ss.) che la origine della *actio rerum amotarum* sta nella impossibilità di furto tra *personae unius potestati subiectae* (tra le quali, appunto, si colloca la *uxor in manu*) non si può affermare (GUARINO, Op.cit. 286 nt.144) che «A partire, quanto meno da Sabino e da Proculo, le sottrazioni a danno 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». Infatti Sabino e Proculo scrivono che la *uxor* non fa furto come la *filia al pater*. Allora, delle due l'una: o Sabino e Proculo pur di perseguire i 'furti' delle mogli hanno terremotato tutta la dottrina del *furtum* tra *personae unius potestati subiectae* (e ciò appare oggettivamente eccessivo) oppure la mancanza di *furtum* tra coniugi non discende dalla condizione di *loco filiae* della *uxor in manu*, con il ché si riapre totalmente il "problema centrale". In questa seconda ipotesi resterebbe inoltre da capire se si crede tuttavia ad una originaria *natura rei* impossibilità di *actio furti* tra *personae unius potestati subiectae* e si ammette quindi comunque un cambio di dottrina in materia di *furtum* dei *filii* (e dei servi) nei confronti del *pater-dominus* o se si ritiene (come credo necessario) che sempre i giuristi romani abbiano ammesso la possibilità di tali furti. <rapporto con la contrapposizione di tesi fra Wacke e Guarino circa la esperibilità di *condictio furtiva soluto matrimonio*? direi di no: una volta comunque ammesso ...>

Anche il Wacke appare tutt'altro che certo: «Coloro chiamati nel frg.17 pr. 'veteres', i predecessori di Sabino, negarono la azione (scl. di furto) al titolare del potere, ma *probabilmente* <il corsivo è mio> senza *affermare la materiale fattispecie del delitto*».

Per una posizione francamente critica della intiera costruzione moderna circa il cambio di orientamento giurisprudenziale in materia di dottrina del *furtum* tra Sabino e i 'veteres' v. LABRUNA, in *Latomus* (1965) 718: «E non mi sembra a questo proposito, - contra Wacke p.88 - che l'ultimo passo permetta di stabilire l'originalità del pensiero di Sabino su questo problema: se genuino, lo '*idcirco*' -che io tradurrei: 'appunto per questo', '*per* questo motivo', 'per ciò'...- più che una '*neuartige Begründung*' offerta dal grande giurista al divieto affermato dai *veteres*, testimonia, a mio avviso, di una identità di vedute tra questi ultimi ed Ulpiano, probabile autore della motivazione.

Anche secondo B.ALBANESE, *Il preteso condominio familiare in diritto romano* in *AUPA* 20 (1949) 256, gli estremi del *delictum* di *furtum* erano ravvisati nella ipotesi di sottrazione da parte dei figli a danno del padre già prima di Sabino: «Sabino e Proculo, giuristi della prima età classica, riferiscono, come un principio pacifico e coerente al sistema generale del loro diritto, l'esistenza del furto in danno del padre perpetrato da parte dei figli».

[80] «E' chiaro - scrive, ancora il Guarino - che la loro - scl. di Nerva e Cassio - affermazione non ha alcun valore giuridico rispetto al *matrimonium sine manu*». Cfr. anche la nt. seguente.

[81] Il GUARINO, '*Res amotae*', quando, a p.283 ss., ricostruisce «l'evoluzione di pensiero della giurisprudenza romana classica in ordine ai furti commessi dalla moglie a danno del marito» omette di menzionare la opinione di Nerva - Cassio.

[82] Sia pure in misura parziale: la *societas vitae coniugale* e lo *status* di (*quodammodo*) *domina* della *uxor* quali presupposti meramente "di fatto" del *constitutum ius*.

[83] V., *supra*, prgf. III 1 f.