

BREVITER SU D. 25.2.2 **(GAI. <10> AD ED. PRAET. TIT. DE RE IUD.)**

Cosimo Cascione*

In un contributo dato alle stampe nel 2012¹, discutendo un testo di Valerio Massimo e la corrispondente epitome di Ianuario Nepoziano, mi sono occupato delle procedure relative alla citazione in giudizio di donne nel periodo di vigenza del processo formulare e nel tardoantico, in particolare del divieto (nel caso di *matronae*) di toccare il corpo femminile o la stola che ne costituiva importante segno distintivo (e allo stesso tempo simbolica protezione) nel corso della *in ius vocatio*².

Da una prospettiva particolare, quella dell'effetto più grave dell'attività processuale, l'*addictio* (e concentrandosi su un momento cronologico che ovviamente non sconfinava nel tardoantico), Leo Peppe³ è tornato di recente su un testo, scarno nell'estensione, tratto

- 1 *Matrone "vocateae in ius" tra antico e tardoantico*, in *Index* 40 (2012) 238 ss., ove riferimenti bibliografici sui passi e, più in generale, sul problema.
- 2 Val. Max. 2.1.5. *Sed quo matronale decus verecundiae munimento tutius esset, in ius vocanti matronam corpus eius adtingere non permiserunt, ut inviolata manus alienae tactu stola relinqueretur*; Ianuar. Nepot. 10.4. *Matrona, si in ius vocata est, pro pudicitiae reverentia ab apparitore publico tacta non est*. Il punto centrale che emerge dai due passi è quello della difesa della dignità femminile, espressa con locuzioni diverse, ma sostanzialmente coincidenti (*matronale decus verecundiae, pudicitiae reverentia*). La tutela della donna si esprime in un divieto, rispetto al quale si apprezza un'importante divergenza tra Valerio e Ianuario (e questo è il punto interessante per lo storico del diritto). Mentre, infatti, per il primo scrittore non si permette al privato attore di *adtingere* il corpo femminile in sede di *in ius vocatio*, nel secondo (di datazione incerta, II-V sec., ma che porrei in età tardoantica) è l'apparitore pubblico a non poter *tangere* la matrona *in ius vocata*. La differenza tra l'archetipo e l'epitome è in primo luogo funzione delle modificazioni intercorse nella storia del processo romano, in particolare nel passaggio dalla procedura formulare (alla quale sembra riferirsi Valerio Massimo) alle forme cognitorie, di cui è testimonianza – con il riferimento all'*apparitor* – in Nepoziano. Per l'epoca tarda si v. anche CTh. 1.22.1=C. 1.48.1; cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996) 574.
- 3 *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa mancipi*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, cur. A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (Pavia 2010) 477 s., v. anche 474 nt. 187.

* Professore ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

dal commentario editale di Gaio, che aveva già affrontato (sia pure in una nota) nella sua importante monografia sull'esecuzione personale⁴. Si tratta di

D. 25.2.2 (Gai. <10> *ad ed. praet. tit. de re iud.*). *nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.*

Il passo è notevole per diversi motivi⁵, ma uno solo sarà qui discusso più da vicino. Nella tradizione giustiniana, risulta incastonato all'interno di un più disteso brano paolino (dal libro VII *ad Sabinum*), diviso in due frammenti⁶: D. 25.2.1 e D. 25.2.3. Il primo⁷ apre il titolo *de actione rerum amotarum* e termina ricordando l'opinione, reputata esatta dal giurista severiano, attribuita a Sabino e Proculo (e seguita anche da Salvio Giuliano), secondo i quali la moglie può commettere furto ai danni del marito (come la figlia nei confronti del padre), *sed furti non esse actionem ...* Di questo esordio, come mostra il *nam* introduttivo, il brano gaiano, almeno nell'intenzione compilatoria, vuole costituire spiegazione, aprendo la strada alla continuazione del commentario di Giulio Paolo, ove si trova la precisazione che qualora la (ex) moglie, dopo il divorzio, rubi una cosa appartenente a quello che era stato suo marito, è tenuta (questa volta) non per *res amotae*, ma per furto (è il *principium* di D. 25.2.3⁸).

Non si vuole, in questa sede, affrontare il vasto, arduo problema dell'*actio rerum amotarum*, della sua storia e dei suoi rapporti con l'*actio furti*⁹. Solo discutere, in breve,

4 L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale* I (Milano 1981) 178 ss. nt. 228 (spec. 180). Sul tema lo studioso riprende e approfondisce le sue ricerche anche nell'altro recente contributo *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA*. 53 (2009) 115 ss.

5 Ad esempio l'*inscriptio* ha suscitato l'interesse (e il sospetto) degli interpreti. Nella *littera Florentina* tra libro e *ad c'* è infatti uno spazio bianco ove avrebbe dovuto trovarsi l'indicazione numerica; MOMMSEN, come in un altro caso tratto dal commentario editale gaiano (D. 23.3.54; *ed. mai.* I p. 679, con un'utilissima nota in *apparatu*), per fedeltà a quel manoscritto, lo ha conservato nell'*editio maior* I p. 733. Per l'indicazione del libro X come luogo di provenienza del frammento si v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I (Lipsiae 1889) 188 Gaius nr. 51; B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio ad edictum praetoris urbani* (Milano 1975) 2, 5 nt. 16, 45 nt. 120. Un sospetto sulla genuinità dell'*inscriptio* (non una certezza sulla sua natura compilatoria) fu espresso da F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift O. Lenel* (Leipzig 1921) 270 e nt. 3 [= *Gesammelte Schriften* I (Hildesheim 1961) 438 e nt. 325], che rifletteva sul termine *titulus*; cfr. l'*Index Itp. ad loc.* [II (Weimar 1931) 105].

6 Cfr. O. LENEL, *Palingenesia* I cit. 1274, Paul. nr. 1773.

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 facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.*

8 *et ideo, si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenebitur.*

9 La dottrina romanistica sull'*actio rerum amotarum* giunge a maturazione a metà degli anni '60 del Novecento. Vi contribuiscono da una parte la limpida monografia di Andreas WACKE, una tesi di dottorato guidata da Max Kaser (A. W., *Actio rerum amotarum* [Köln 1963] spec. 78 ss. sul non immacolato testo gaiano), dall'altra un rilucente contributo di Antonio GUARINO (*Res amotae*, in *ANA*. 75 [1964] 253 ss.=*PDR*. VII [Napoli 1995] 105 ss.), che indica punti fermi, strade ancora da percorrere e soprattutto pone la questione di una storicizzazione piena dell'istituto, da ricollocare anche nella storia economico-sociale dell'antica Roma. Sul lavoro di Wacke si v. almeno le osservazioni di M. MARRONE, in *TR*. 33 (1965) 462 ss. [= *Scritti giuridici* II (Palermo 2003) 965 ss.]; L. LABRUNA, in *Latomus* 24 (1965) 713 ss.

l'interpretazione secondo la quale non si poteva (a quanto pare in generale) esperire un'azione infamante contro una *mater familias*. Peppe, nei suoi *Studi sull'esecuzione personale*¹⁰, era giunto a tale conclusione riflettendo sul punto della possibilità o meno che una donna divenisse *addicta*, in particolare richiamando Quintil. *inst. or.* 3.6.25 (un testo estremamente interessante¹¹). Il problema che immediatamente sorge dalla fonte retorica è la condizione del *filius* della donna libera *addicta* (se nasca *servus* o libero: *quaestio an is quem, dum addicta est, mater peperit servus sit natus*). La domanda ulteriore che Peppe si pone è se la donna potesse subire in prima persona la procedura di assegnazione giudiziaria al creditore conseguendone lo *status* di *addicta*. L'idea dello studioso romano è nel senso che almeno l'*addicta* risultante dall'immagine di Quintiliano dovrebbe essere la moglie di un *addictus* (e non colei nei confronti della quale fosse stato direttamente rivolto l'atto magistratuale). Questa interpretazione si basa (anche) su un'opinione espressa, ormai qualche decennio fa, da Okko Behrends¹², che aveva utilizzato il frammento gaiano in D. 25.2.2 interpretandolo nel senso "che non si potesse esperire l'*actio iudicati*, in quanto infamante, contro una *mater familias*"¹³.

Per cogliere a fondo il problema, occorre dapprima sgombrare il campo da un dubbio, che sorge dal riferimento (proposto sia da Behrends, sia da Peppe) all'*actio iudicati*. Tale procedura è giustamente richiamata, perché costituiva l'oggetto dell'originaria trattazione gaiana, come risulta chiaramente dalla pur strana *inscriptio* di D. 25.2.2 (*titolo de re iudicata*)¹⁴. Ma – evidentemente – non essendo l'*actio iudicati* di per sé infamante¹⁵, il giurista d'età antonina, in questa parte del suo commentario editale, si riferiva piuttosto alla conseguente esecuzione personale¹⁶. Il corto circuito tra effetti esecutivi dell'azione di giudicato (contesto gaiano originario) e *infamia* derivante dalla

10 Cit. *supra* in nt. 4.

11 *Alii novem elementa posuerunt personam, in qua de animo, corpore, extra positus quaeratur, quod pertinere ad coniecturam et qualitatis instrumenta video tempus, quod χρόνον vocant, ex quo quaestio an is quem, dum addicta est, mater peperit servus sit natus ...*

12 O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozeß. Zur Geschichte des römischen Obligationsrechts* (Göttingen 1974) 156 e nt. 221. Il maestro di Gottinga si riferisce agli ampi poteri che il creditore otteneva nei confronti del *nexus*, ai quali risultavano sottomessi, insieme con la persona del debitore, anche i suoi residui beni patrimoniali ("Restvermögen") e perfino gli appartenenti alla sua famiglia. Ciò per una sopravvivenza dell'antico "Haftungsverband" basato sul diritto sacrale, che – a quanto pare – determinava, di contro, anche tutele endofamiliari per moglie e figli (perfino a sfavore del *pater familias*), fin dall'ordinamento rappresentato nelle *leges regiae*. Un esito di questo antico sistema sarebbe stato, ancora in età classica, la non assoggettabilità della *mater familias* alla "Kerkerhaft".

13 Così, testualmente, L. PEPPE, *Studi I* cit. 180 nt. 228 (da p. 178). Nel suo più recente contributo sul tema (cit. *supra* in nt. 3), l'A. è, invero, sul punto specifico, alquanto cauto: "Qualsiasi ipotesi circa lo *status familiae* dell'*addicta* [scil. nell'immagine proposta da Quintil. *inst. or.* 3.6.25] mi sembrerebbe del tutto congetturale" (p. 377). Di seguito, Peppe passa a riflettere brevemente su Liv. epit. Oxy. 48, ove (attraverso una integrazione del testo tradito) potrebbe ricorrere la giunzione *addictam ingenuam*.

14 Ampiamente, sul punto, B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio* cit. 202 ss.

15 Da ultimo, con vasta trattazione, sulle azioni infamanti si v. J.G. WOLF, *Lo stigma dell'ignominia, in Homo, caput, persona* cit. 491 ss.

16 Sul riferimento originario del testo gaiano all'esclusione della *ductio* della *uxor*, dopo O. LENEL, *Palingenesia I* cit. 188 nt. 6; e ID., *Das Edictum Perpetuum*³ (Leipzig 1927) 408 nt. 4 (cauto); si v. R. SANTORO, *Per la storia dell' "obligatio". Il "iudicatum facere" nella prospettiva dell'esecuzione personale, in IAH. I* (2009) 77, 106 [= *Scritti minori II* (Torino 2009) 679, 721 s.]. Cfr. ancora la lucida rappresentazione di B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio* cit. 204 s.

condanna per *furtum* si realizza, con tutta probabilità, solo nel collage compilatorio, con l'uso della locuzione *turpis actio*¹⁷.

Su queste basi, invero, il divieto richiamato in D. 25.2.2 mi sembra potersi riferire esclusivamente, nel contesto giustiniano, alla moglie di chi avesse subito il furto e che, però, come si è accennato, non poteva agire con l'*actio furti*¹⁸; in quello originario gaiano, invece, alla *uxor* che non poteva subire l'esecuzione personale da parte del proprio *vir*. Non pare venire in questione dal testo gaiano, in nessun caso, la *mater familias* tout court. Tra l'altro, corrispettivamente, l'inibizione all'*actio furti* valeva anche nei confronti del marito¹⁹: se ne potrebbe per assurdo indurre che a Roma chiunque (uomo o donna) fosse unito in matrimonio godesse di un'ampia esenzione a essere convocato in giudizio (per furto, ma, parallelamente, per tutte le altre azioni infamanti) e a subire atti esecutivi degradanti. Naturalmente non era affatto così. Solo contro la *uxor* (in questi termini, peraltro, si esprime il testo) in virtù di quello che Behrends chiama "Eheschutz", cioè per la difesa del matrimonio, al marito non era consentito procedere in modo che l'azione potesse condurre a una condizione disonorevole per la donna²⁰. Vicendevolmente era solo la moglie che non poteva agire in tal modo contro l'uomo al quale era unita (ovvero che subiva forti limitazioni rispetto alla *ductio*²¹). Ed ecco perché i compilatori raccordarono al frammento gaiano il prosieguo del testo di Paolo (ora in D. 25.2.3) utilizzando un *ideo* esplicativo, che rappresenta la possibilità di esperire, *post divortium*, l'*actio furti*²².

- 17 Non mancano in letteratura dubbi sulla classicità dell'espressione, che ben qualifica l'*actio furti* (ma non l'*actio iudicati*); cfr. in particolare M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 60 (1940) 110 s.; Id., *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS.* 73 (1956) 252 nt. 139 (da p. 251); A. WACKE, *Actio* cit. 80 nt. 11 (con altri riferimenti); A. GUARINO, "Res amotae" cit. 270 s. nt. 69 [=PDR. VII cit. 121 nt. 69]. Ma v. G. PUGLIESE, *L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti I Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto* (Firenze 1966) 176 [=Scritti giuridici scelti III. Diritto romano (Napoli 1985) 364].
- 18 Si ricordi come – nel designare i motivi della genesi dell'*actio rerum amotarum* – Paolo (in D. 25.2.1) riporti anche la tesi giurisprudenziale (di Nerva e Cassio), secondo la quale il furto era addirittura non configurabile tra moglie e marito: ... *quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere* ... Sul frammento paolino, ampiamente, G. LOBRANO, "Uxor quodammodo domina" riflessioni su Paul. D. 25.2.1 (Sassari 1989).
- 19 Così pare, secondo i giuristi, almeno a partire dal II secolo; la questione è dibattuta tra gli studiosi, si v., per tutti, A. GUARINO, "Res amotae" cit. 256 e nt. 17 [=PDR. VII cit. 107 e nt. 17] (con una posizione condivisibile). Tra i testi si v. ad esempio D. 25.2.7 (Ulp. 36 *ad Sab.*). *Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum* ... Altre fonti in P. VOCI, "Conditiones" e *possesso*, in *SDHI.* 71 (2005) 23 nt. 27 [=Ultimi studi di diritto romano (Napoli 2007) 368 nt. 27].
- 20 Lo studioso tedesco è tornato a interessarsi del testo gaiano nel più recente, notevole suo contributo *Sessualità riproduttiva e cultura cittadina. Il matrimonio romano fra spiritualità preclassica e consensualismo classico*, in *Marriage. Ideal – Law – Practice. Proceedings of a Conference Held in Memory of H. Kupiszewski*, ed. Z. Służewska, J. Urbanik (Warsaw 2005) 48 s. [=Scritti "italiani" con un'appendice "francese", una nota di lettura di C. Cascione ed una postfazione dell'Autore (Napoli 2009) 420 s.] (con nt. 99 a p. 49 [=421]), dove ne specifica la portata (per il diritto "classico") di forma editale mitigata che impediva la configurazione del furto, a tutela dell'istituto del matrimonio. È qui palese la portata ridotta alla sola sfera familiare del divieto di agire.
- 21 Importante il testo ulpiano *sed verius est nec post condemnationem maritum facile duci*, proveniente dal *lib. III disp. frg. Argentorat.*, che si può leggere in *FIRA.* II² p. 310 (rectum I^A).
- 22 Il breve testo del *principium* di D. 25.2.3 è trascritto *supra* in nt. 8.

Mi sembra, dunque, che sia la predisposizione della mite *actio rerum amotarum*, sia i limiti alle procedure esecutive costituissero diritti singolari²³, posti a tutela del matrimonio e della famiglia. Le donne, insomma, erano passibili, in generale, di azioni infamanti, ma queste non potevano normalmente²⁴ essere esperite dal marito, il quale non poteva determinare altresì gli effetti estremi dell'esecuzione personale, a causa dello *honor matrimonii*²⁵.

È ovvio che, nel caso in cui fosse dato seguito all'azione, quando fosse condannata o avesse subito la *ductio* o anche la *bonorum proscriptio* e *venditio*, la donna poteva non corrispondere più a quella *dignitas* che si connetteva con i *boni mores* tipici delle *matres* di famiglia²⁶. Riprendendo, solo per un momento, il problema dell'*addictio*, temo che il testo gaiano in D. 25.2.2 non serva a risolvere il dubbio se le donne, in generale, potessero subirla, ma allora non vedo alcun ostacolo all'inverarsi di tale possibilità (altrimenti si sarebbe realizzato uno strano privilegio femminile²⁷).

Abstract

The article offers an exegesis of a short text from Gaius' edictal commentary, now included in the Digest title *de rerum amotarum actione* (D. 25.2.2, originally dealing with the consequences of the *actio iudicati*). The aim of this paper is to reject the position saying that *matres familiarum* could not be suited by way of infamous actions. For D. 25.2.2 bans a *turpis actio* no more than *adversus uxorem* (i.e. a "shameful trial" against the spouse), it concerns only the inner familiar relationship between husband and wife. So the fragment cannot be used as a general statement, valid for all women. Therefore it was normal to summon a woman with an *actio furti* (and also with an *actio iudicati*). On the basis of the Gaian fragment, the extent of use of the word *addicta* remains uncertain, but there is no reason to argue that women could not be subjected to *addictio*.

- 23 D. 25.2.1 (Paul 7 *ad Sab.*). *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est ...*
- 24 Sempre istruttivo il confronto con M. KASER, *Das römische Privatrecht*² I (München 1971) 323 e nt. 20, II (München 1971) 172 e nt. 28, e i materiali ivi raccolti, ove sono messe in rilievo le differenze tra diritto classico e postclassico (nel quale, anche attraverso interpolazioni, si realizzano generalizzazioni relative all'impossibilità di agire in giudizio tra marito e moglie nei casi che comportavano conseguenze infamanti; sul punto specifico qui trattato si v., inoltre, l'ulteriore ampliamento risultante da B. 28.11.2). Sul punto equilibrate riflessioni anche in A. GUARINO, "Res amotae" cit. 270 ss. [=PDR. VII cit. 121 ss.].
- 25 Raggiungimento (anche bibliografico) sugli effetti della *reverentia* tra coniugi in C. FAYER, *La familia romana* II (Roma 2005) 363 nt. 125.
- 26 Centrale la *definitio* ulpiana in D. 50.16.46.1 (59 *ad ed.*). Su *matrona* (figura alla quale si riferiscono i testi cit. *supra* in nt. 2, dai quali è partito il mio interesse per l'argomento) e *mater familias* si v., per tutti (e con ampi richiami a fonti e bibliografia), R. FIORI, "Materfamilias", in *BIDR.* 96-97 (1993-1994) 455 ss.; ID., *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR.* 105 (2011) 197 ss., spec. 202 ss., 223, 232.
- 27 Ben differente dalla tutela della pudicizia di cui era espressione il divieto ricordato in esordio di questo lavoro (*supra* nt. 2) e riferito alla *in ius vocatio*: in quel caso la *matrona*, proprio in quanto tale, era (ancora) portatrice della pienezza della propria dignità e dunque fisicamente intangibile.